

















# أُصُولُ الْقَانُونِ

تأليف

الذَّكِيُّورُ حَسَنُ كَبِيرَهِ

المدرس بكلية الحقوق بجامعة الإسكندرية

الطبعة الثانية

١٩٥٨

الناشر

مكتبة

دار المعارف بمصر







## المراجع

نثبت فيما يلي المراجع العامة لهذا الكتاب . أما المراجع الخاصة ، فسوف نثبتها في موضعها الطبيعي بالنسبة الى كل موضوع من موضوعات

### أولا - المراجع العربية

- أحمد صفوت - مقدمة القانون ، ١٩٢٤ .
- إسماعيل غانم - محاضرات في النظرية العامة للحق ، ١٩٥٥ .
- جميل الشرفاوى - دروس في النظرية العامة للحق ، ١٩٥٥ .
- حسن كبره - محاضرات في المدخل للقانون ، ١٩٥٤ .
- سليمان مرقس - المدخل للعلوم القانونية ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٢ .
- شفيق شحاته - محاضرات في النظرية العامة للحق ، ١٩٤٩ .
- شمس الدين الوكيل - محاضرات في النظرية العامة للحق ، ١٩٥٤ .
- عبد الحى حجازى - مذكرات في نظرية الحق ، ١٩٥١ .
- عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت - أصول القانون او المدخل لدراسة القانون ، ١٩٤١ .
- عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية القانون ، ١٩٥٤ .
- نظرية الحق ، ١٩٥٧ .
- عبد المنعم البدرأوى - المدخل للقانون الخاص ، ١٩٥٧ .
- عبد المنعم فرج الصدة - نظرية الحق في القانون المدنى الجديد ، ١٩٥٠ .
- محمد سامى مدكور - نظرية الحق ، ١٩٥٤ .
- محمد على امام - محاضرات في نظرية القانون ، ١٩٥٤ .
- محمد على عرفة - مبادئ العلوم القانونية ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٦ .
- محمد كامل مرسى - شرح القانون المدنى الجديد ، الباب التمهيدي ، ١٩٥٤ .
- محمد كامل مرسى وسيد مصطفى - أصول القوانين ، ١٩٢٣ .
- محمود جمال الدين زكى - دروس في نظرية القاعدة القانونية ، ١٩٥٥ .



## ثانيا - المراجع الفرنسية

- Beudant (Ch.)**, Le droit individuel et l'Etat, 3e. éd. 1920.
- Beudant (Ch.) et Béquignon - Lagarde**, Cours de droit civil français, t. I, 1934.
- Boistel**, Cours de philosophie du droit, 2 vol. 1899.
- Bonnecase**, Science du droit et romantisme, 1928.
- La pensée juridique française, 1933.
  - Introduction à l'étude du Droit, 1939.
- BURDEAU**, Traité de science politique, t. I, 1948.
- CAPITANT (Henri)**, Introduction à l'étude du droit civil, 4e, éd., 1921.
- CAPITANT (H.), Colin et DE LA MORANDIÈRE**, Cours élémentaire de droit civil français, t. I, 11e. éd., 1947.
- CAPITANT (René)**, L'impératif juridique, thèse, Paris, 1928.
- CORNIL**, Le droit privé, 1924.
- COSTE - FLORET**, Les problèmes fondamentaux du droit, 1946.
- DABIN**, La philosophie de l'ordre juridique positif, spécialement dans les rapports du droit privé, 1929.
- La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement en droit civil, 1935.
  - Le droit subjectif, 1952.
  - Théorie générale du Droit, 2e. éd., 1953.
- DARBELLAY**, La règle juridique, 1945.
- DEL VECCHIO**, Philosophie du droit, trad. française, 1953.
- DEMOGUE**, Les notions fondamentales du droit privé, 1909.
- DUGUIT**, Traité de droit constitutionnel, t. I, 3e. éd., 1937.
- Leçons de droit public général, 1926.
- EMANUEL (François)**, L'idée du Droit, essai sur quelques conceptions contemporaines, 1937.
- LE FUR**, Les grands problèmes du droit, 1937.
- GENY**, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2 vol., 1932.
- Science et technique en droit privé positif, 4 vol., 1914-1924.
- DE LA GRESSAYE et LABORDE — LACOSTE**, Introduction générale à l'étude du droit, 1947.



**HAESAERT**, Théorie générale du droit, 1948.

**IONESCU**, La notion de droit subjectif dans le droit privé, thèse, Paris, 1931.

**LEVY - ULLMANN**, Elements d'introduction générale à l'étude des sciences Juridiques, t. I, La définition du droit, 1917.

**Marty et Raynaud**, Droit civil, t. I, 1956.

**MAY (Gaston)**, Introduction à la science du droit, 1932.

**MAZEAUD (H., L. et J.)**, Leçons de droit civil, t. I, 1956.

**PASQUIER**, Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit, 3e. éd., 1948.

**PICARD (Edmond)**, Le droit pur, 1908.

**REGLADE**, Valeur sociale et concepts juridiques, norme et technique, 1950.

**RENARD**, Le droit, l'ordre et la raison, 1927.

**RIPERT**, La règle morale dans les obligations civiles, 4e. éd., 1949.

— Le déclin du droit, 1949.

— Les forces créatrices du droit, 1955.

**RIPERT et BOULANGER**, Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, t. I, 1956.

**ROGUIN**, La science juridique pure, 3 vol., 1923.

**ROUBIER**, Théorie générale du droit 1946.

**WALINE**, L'individualisme et le droit, 1949.

### ثالثاً - المراجع الانجليزية

**ALLEN**, Law in the making, 1946.

**CAIRNS**, Legal philosophy from PLATO to HEGEL, 1949.

**FRIEDMANN**, Legal theory.

**GRAY**, The nature and sources of the Law, 1948.

**Vinogradoff**, Common - sense in Law, 1943.







## أهداء

الى الرعيل الأول من فقهاء وقضاة مصر الحديثة أهدي هذا الكتاب ،  
لبنة متواضعة في البناء القانوني الذي سبقوا بالفضل في ارساء أساسه ،  
لعل بذلك أكاد أفي بعض ما لهم في أعناقنا من دين وفضل •







## تصريح

نواة هذا الكتاب الدروس التي ألقيتها على طلبة كلية الحقوق ونشرت عام ١٩٥٤ بعنوان « محاضرات في المدخل للقانون » . ولكن نشر هذه المحاضرات لم يكن ، في مقصدي حينذاك ، الا خطوة أولى تتبعها خطوة أخرى ، لا تقنع بسد حاجة طالب القانون المحدودة فحسب ، بل تجاوز ذلك الى قضاء بعض حاجة الخاصة من استزادة البحث والى نفع المشتغلين بالقانون على السواء . وقد شجعتني على المضي في هذه الخطوة أن البحث في فلسفة القانون وأصوله الكلية ما يزال بحاجة الى عناية أكبر من جانب الفقه المصرى ؛ وأن أهمية ذلك اذا كانت بادية من ناحية النظر ، فلها كذلك - خلافا للشائع - انعكاسها القوى الفعال من ناحية العمل .

من أجل ذلك ، أقدم على نشر هذا الكتاب اليوم مستهدفا هذه الأغراض . وقد أسميته « أصول القانون » لذلك وتميزا له عن الكتاب الأول في المدخل للقانون ، بعد أن بات هذا التمييز محتوما لتفاوت الهدف بينهما ، مما يترك لكل منهما استقلاله . وقد أوجبت الرغبة في عدم زيادة حجم هذا الكتاب عن القدر المنشور به ، الهبوط بكثير من المسائل الدقيقة أو الخلافية أو التطبيقية من المتن الى الحاشية .

واذا كانت الظروف قد استدعت - قبل الفراغ من طبع هذا الكتاب طبعته الأولى لعام ١٩٥٧ الفأنت - اخراج طبعة ثانية له اليوم ، فقد حال ذلك دون استحداث جديد فيها يضاف الى الطبعة الأولى . ولعلنى - اذا أتيح طبع هذا الكتاب طبعة قادمة - أن أجد من الوقت والجهد ما يعين على إعادة النظر فيه واستدراك ما فات أو تفصيل ما أجمل أو توضيح ما غمض ؛ فانه - كما قال « العباد الأصفهاني » - « لا يكتب انسان كتابا في يومه الا قال في غده : لو غير هذا لكان أحسن ، ولو زيد كذا لكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل . وهذا من أحسن العبر ، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر » .

يناير ١٩٥٨







## مقدمة

### ١ - اصطلاح القانون وتعدد مدلولاته

الأصل أن اصطلاح « القانون » يطلق لغة على كل قاعدة أو قواعد مطردة يحمل اطرادها معنى الاستمرار والاستقرار والنظام . ولذلك يكثر استعماله بهذا المدلول في شئون كثيرة مختلفة . فيقال مثلا « قانون الكون » ، ويراد به نظام الكون المستقر من دوران الكواكب ومسيرها وتعاقب الليل والنهار في الأرض . ويقال « قانون الجاذبية الأرضية » ، ويراد به القاعدة المستقرة في الاقتصاد من تأثير الأسعار والأجور باختلال الأرض كلما أقيت في الفضاء . ويقال « قانون العرض والطلب » ، ويراد به القاعدة المستقرة في الاقتصاد من تأثير الأسعار والأجور باختلال التوازن بين العرض والطلب في السلع والخدمات .

غير أن اللغة القانونية استحوذت على هذا الاصطلاح ورصدته أساسا للدلالة بوجه عام على مجموع قواعد السلوك الملزمة للأشخاص في المجتمع . وبذلك يشمل اصطلاح « القانون » في هذا المدلول العام كل ما قد يوجد في الجماعة من قواعد تحكم سلوك الأفراد حكما ملزما بقصد إقامة نظام هذه الجماعة . واصطلاح القانون بهذا المدلول هو الذي يعنينا أصلا في هذا الكتاب .

ولذلك يكون من الواجب بداءة التمييز بين هذا المدلول العام وبين مدلول آخر خاص لهذا الاصطلاح ، إذ كثيرا ما يطلق اصطلاح « القانون » على قواعد قانونية معينة هي تلك التي تصدر عن السلطة التشريعية العادية . فيراد حينئذ بالقانون التعبير عن التشريع ، ولذلك يقال قانون



الاصلاح الزراعى وقانون تنظيم الجامعات وقانون المحاماة ، ويراد بذلك التشريعات التى تحكم هذه المسائل •

ولكن التشريع — كما سيرد البيان — ليس هو المصدر الوحيد الذى يعطى للقواعد القانونية قوتها الملزمة فى العمل ، أى ليس هو المصدر الرسمى الوحيد للقانون بمعناه العام الواسع ، حتى تصدق التسوية بينهما فى الاصطلاح • ولعل أهمية التشريع بين مصادر القانون هى التى بررت الترخيص فى اطلاق اصطلاح « القانون » على التشريع ، ويسرت بذلك الخلط بين القانون ذاته كمجموع قواعد السلوك الملزمة للأفراد فى المجتمع ، وبين أحد مصادره الرسمية الهامة وهو التشريع •

واذا كان مثل هذا الخلط واجب الدفع للتمييز بين هذين المدلولين لاصطلاح « القانون » « ١ » ، وكان المدلول المقصود أصلا والذى سوف نعينه فى هذا الكتاب باطلاق هذا الاصطلاح هو المدلول العام الواسع الذى ينصرف الى مجموع قواعد السلوك الملزمة للأفراد فى المجتمع ، فيراعى أن هذا الاصطلاح يتولد منه اصطلاح آخر مركب للدلالة على أن هذه القواعد سائدة ومطبقة فعلا فى المجتمع ، هو اصطلاح « القانون الوضعى » ( Le droit positif ) • وهو اصطلاح يتحدد بالزمان والمكان على السواء ، فيقال « القانون الوضعى المصرى أو الفرنسى الحالى » مثلا للدلالة على القانون السائد فى مصر أو فرنسا فى الآونة الحاضرة •

فالمقصود بصفة الوضعية التى تلحق قانون جماعة معينة فى وقت معين ، هو توافر الصفة الايجابية لقواعده عن طريق ما يصحبها ويؤيدها

---

(١) يراعى أن اللغة القانونية الفرنسية تستعمل اصطلاحين مختلفين للتعبير عن هذين المدلولين ، اذ تعبر عن المدلول العام الواسع باصطلاح ( Le droit ) وعن المدلول الخاص الضيق باصطلاح ( La loi ) .



في التطبيق من اجبار مادي معين تملكه سلطة عامة في الجماعة « ١ » .

## ٢ - تفرع الحقوق عن القانون

إذا كان القانون يتصدى لحكم سلوك الأفراد في المجتمع حكما ملزما ، فإنه يعمل — أمام تشابك مصالح الأفراد وتعارضها فيما يقوم بينهم من علاقات — على تغليب بعض هذه المصالح على بعض ، ووضع أصحاب المصالح المغلبة في مركز ممتاز بالنسبة الى غيرهم من الأفراد ، بحيث يثبت لهم حقوقا تخولهم الاستئثار بسلطات معينة تلتزم الكافة باحترامها .

فقد يخول لفرد من الأفراد الاستئثار بالتسلط الكامل على شيء من الأشياء باعطائه حق الملكية عليه ، فيضعه بذلك في مركز ممتاز على غيره من الأفراد بما يثبت له من احتكار التسلط على هذا الشيء ، والتزام الكافة باحترام حقه في هذا التسلط وتمكينه منه .

وقد يخول القانون لفرد من الأفراد سلطة اقتضاء عمل أو امتناع من جانب شخص آخر يلزم بالخضوع لهذا الاقتضاء ، فيثبت له بذلك حقا قبل هذا الشخص ، يجعله في مركز ممتاز سواء بالنسبة الى

---

(١) لعل اللفظ الفرنسي في هذا الصدد ادق في التعبير من اللفظ العربي اذ لفظ (positif) يعني فعال أو ايجابي بالمقابلة للفظ (négatif) أى سلبى . أما اللفظ العربي « وضعى » ، فقد يدعو الى الظن بأن القانون الوضعى يقصد به القانون الذى يضعه الناس ويصدر عنهم ، وهو ما يشيع فهمه في اللغة الجارية التى تجعل القانون الوضعى بهذا المعنى مقابلا للقانون السماوى الذى يضعه الله . ومثل هذا الظن غير صحيح فى الاصطلاح القانونى . فالمقصود بالقانون الوضعى ، كما سبق البيان ، القانون السائد والمطبق فعلا ، وذلك دون اعتبار لمصدر قواعده . فيعتبر قانونا وضعيا فى جماعة معينة كل ما يطبق فيها من قواعد قانونية ولو كان مصدرها سماويا . وهذا هو ما عليه الحال فى مصر ، حيث يعتبر الدين — وهو مصدر سماوى — المصدر الرسمى لاغلب القواعد التى تحكم مسائل الاحوال الشخصية ، وبذلك تعتبر هذه القواعد الدينية السماوية جزءا من القانون الوضعى المصرى الحالى .



الملتزم بالعمل أو الامتناع لقدرة اقتضاء الوفاء منه بهذا الالتزام ، أو بالنسبة الى الكافة جميعا لانفراده دونهم قبل الملتزم بمثل هذه القدرة •

وبذلك تتفرع الحقوق عن القانون «أ» • وتلك ظاهرة يمتاز بها القانون على الأخلاق كما سنرى ، اذ هو لايقنع كالأخلاق بمجرد فرض التكاليف والواجبات على الأفراد ، بل يجاوز ذلك الى تقرير الحقوق لهم وهو ما لاتفعله الأخلاق • وبذلك تحتل الحقوق أهمية كبرى في النظام القانوني •

### ٣ - خطة الكتاب

نستهدف في هذا الكتاب الوقوف على الأصول الكلية التي تحكم القانون ، وهو ما يقتضى دراسة القاعدة القانونية في ذاتها ودراسة ما يتفرع عنها من فكرة الحق • ولكن قد ينبغى التمهيد لذلك بكلمة عامة في القانون تعرف به وتبين خصائصه وأنواعه •

وبذلك نقسم الكتاب على النحو التالى : -

- باب تمهيدى - فى القانون بوجه عام •
- القسم الأول - فى النظرية العامة للقاعدة القانونية •
- القسم الثانى - فى النظرية العامة للحق •

---

(١) لاتعرف اللغة القانونية الفرنسية الا اصطلاحا واحدا للقانون وللحق هو (Le droit) . ولذلك يجرى التقليد - منعا للخلط بينهما - على التعبير عن القانون باصطلاح (Le droit objectif) ، وعن الحق باصطلاح (Le droit subjectif) . وفى هذا الصدد تمتاز اللغة القانونية العربية باصطلاحها المستقلين اللذين لا يختلطان •



باب تمهيدى

فى القانون بوجه عام







#### ٤ - عرض وتقسيم

ينبغي في صدد التمهيد لدراسة القانون الوقوف أولا على خصائصه الجوهرية التي تميزه عما قد يختلط به من نظم وقواعد أخرى مشابهة .

واذا كان من أهم هذه الخصائص كون قواعد القانون قواعد ملزمة ، الا أن ذلك لايعنى انعدام سلطان ارادة الأفراد في مخالفة أى منها . فالارادة تملك مثل هذه المخالفة في صدد طائفة معينة من القواعد القانونية هي طائفة القواعد المفسرة أو المكملة ، دون أن يطعن ذلك فيما لهذه القواعد من قوة الزامية باعتبارها قواعد قانونية .

واذا كان القانون يتعرض لموضوعات شتى ويتسع نطاقه لمختلف الروابط والعلاقات بين الأشخاص ، فان ذلك قد أتاح تقسيمه — بحسب هذا الاختلاف — الى قسمين كبيرين : القانون العام والقانون الخاص ، يقوم كل منهما على أسس ومبادئ مختلفة ، ويضم تحته أنواعا وفروعا شتى .

لذلك تقسم هذا الباب التمهيدى الى فصول ثلاثة :

الفصل الأول — فى خصائص القانون .

الفصل الثانى — فى مدى سلطان ارادة الأفراد ازاء القانون .

الفصل الثالث — فى أقسام القانون وفروعه .



## الفصل الاول

### خصائص القانون

#### ٥ - الحاجة الى القانون

لعل من الحقائق المسلمة التي لم تعد اليوم محل جدل أو خلاف أن الانسان كائن اجتماعي بفطرته وطبيعته لا يستطيع أن يعتزل الناس ليعيش وحيدا لأنه أعجز بمفرده عن الكفاء بنفسه أو الوفاء بمختلف حاجاته ، فهو كائن مستطيع بغيره أو على الأصح بالاشتراك مع غيره • وغريزة الاجتماع هذه تلازمه منذ خروجه الى الدنيا حتى خروجه منها ، فما هو نفسه الا وليد اجتماع بين ذكر وأنثى من الناس ، وهو يدخل منذ ولادته فيما يكونان من مجتمع صغير هو الأسرة لأنه يحتاج الى رعاية الأم وكفالة الأب ، فاذا بلغ أشده واستوى ضرب في الأرض سعيا وراء الرزق مختلطا بغيره من الناس في ذلك المجتمع الأكبر متبادلا واياهم النفع من مجموع ما يبذل ويبدلون من نشاط •

غير أن المجتمع لا يستقيم أمره الا أن يستوى على سنن بينة ينزل الناس جميعا عند حكمها ، ذلك أن وجود المجتمع يستتبع حتما وجود علاقات بين أفرادها ، علاقات عائلية أو اقتصادية أو سياسية • وهى علاقات لا يمكن أن تترك قوضى ينظمها كل فرد وفق رغبته ومشيته ، والا حقت قولة الفيلسوف الفرنسى « بسويه » ( B. P. 1161 ) « حيث يملك الكل فعل ما يشاءون، لا يملك أحد فعل ما يشاء؛ حيث لا سيد فالكل سيد، وحيث الكل سيد فالكل عبيد • » (١) ! •

---

(١) « Où tout le monde peut faire ce qu'il veut, nul ne fait ce qu'il veut; où il n'y a point de maître, tout le monde est maître; où tout le monde est maître, tout le monde est esclave ». [ Bossuet, cité par CHEVALIER, Les grandes oeuvres politiques de Machiavel à nos jours, 1949, p. 74 ].



وتلك حال لا يتصور أن تكون ، وإن كانت فهي لا تدوم ، إذ ينتهى الأمر الى أن يكون الحكم للقوة تقضى في الضعفاء بما تشاء ! . . . ومن هنا كان لابد للمجتمع من نظام يحكم نشاط الأفراد وما يستتبعه بينهم من علاقات ، كان لابد للمجتمع من قواعد موضوعية ابتداء يستهدى بها الأفراد في تعرف سلوكهم ويلتزمون أو يلزمون باحترامها ، وهي قواعد تهدف الى اقامة التوازن بين عديد الحريات المتعارضة ومختلف المصالح المتضاربة محققة بذلك النظام والاستقرار والعدل في المعاملات .

#### ٦ - تعريف القانون واستخلاص خصائصه

تلك هي فكرة القانون في نشأتها وبساطتها : انسان لا يعيش الا في مجتمع ، ومجتمع لا يقوم الا على نظام ، ونظام لا يستوى الا على قواعد آمرة ملزمة يحمل الأفراد على طاعتها بما تملك الجماعة من سلطة القهر والاجبار .

فهناك تلازم اذن بين القانون والمجتمع من ناحية ، اذ لا يوجد مجتمع دون قانون ، ويوجد القانون لاقامة نظام في المجتمع . وهناك تلازم بين القانون والجزاء من ناحية أخرى ، فلا يكفل احترام القانون الا بأخذ الأفراد باحترامه جبرا على المخالف منهم ، وهو جبر لا يتاح بشكله المادى المنظم الا لسلطة عليا في الجماعة يكون لها احتكار القوة المادية واحتباسها بين يديها .

فالقانون اذن هو مجموع القواعد التي تقيم نظام المجتمع فتحكم سلوك الأفراد وعلاقاتهم فيه ، والتي تناط كفالة احترامها بما تملك السلطة العامة في المجتمع من قوة الجبر والالزام « ١ » .

---

(١) انظر مع ذلك في مختلف تعريفات القانون ومناقشتها :

Henri Lévy - Ullmann, *Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques*, t. I, La définition du droit, 1917. — Bonnecase, *Introduction à l'étude du Droit*, 3e. éd., 1939, Nos. 1 - 9. — Du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, 3e. éd., 1948, Nos. 305 - 312. — Haesaert, *Théorie générale du droit*, 1948, pp. 73 - 110. — Marry et Raynaud, *droit civil*, t. I, 1956, Nos. 30 - 32.



ومن هذا التعريف بالقانون ، يمكن أن نستخلص خصائصه الجوهرية • فهو يتضمن أولا قواعد سلوك • وهذه القواعد - ككل القواعد - تتوافر لها صفة العموم والتجريد • وهو يفترض كذلك وجود مجتمع يأتمر أفراد بهذه القواعد ، فقواعده اذن اجتماعية • وهو يتضمن أخيرا جزاء ماديا منظما يكفل احترام هذه القواعد مما يجعلها قواعد ملزمة •

فنعرض لكل من هذه الخصائص في مبحث على حدة •

## المبحث الاول

### القانون مجموعة قواعد سلوك

Règles de conduite

#### ٧ - القواعد التقريرية والقواعد التقويمية

قلنا ان اصطلاح « القانون » اذا أطلق في اللغة الجارية أريد به التعبير عن قاعدة مطردة يحمل اطرافها معنى الاستمرار والاستقرار والنظام • ومن هنا يقال مثلا ، كما رأينا ، قانون الكون أو قانون الجاذبية الأرضية • أو يقال ان الماء يخضع لقانون الغليان بمعنى أن تسخينه الى درجة المائة يؤدي دائما وحتميا الى غليانه • والقانون بهذا المعنى انما يضع قاعدة تقريرية ، أى قاعدة مقررة للواقع كما هو ، بمقتضاها تتحقق دائما أمثال تلك الظواهر حتميا اذا توافرت أسبابها ومقدماتها ، دون أن يتصور ورود أى استثناء على ذلك • اذ ورود هذا الاستثناء معناه أن القانون خاطيء لم يبصر بالواقع كله بصرا صحيحا شاملا «<sup>١</sup>» ، ذلك أنه لا يضع قاعدة لما ينبغى أن يكون بل لما هو كائن فعلا • ومن هنا كان خضوعه للواقع دون خضوع الواقع له •

---

Lalande, Lectures sur la philosophie des sciences, § 94, p. 198. (١)



بينما القانون بالمعنى الذى تقصده من دراستنا انما يضع قواعد سلوك أى قواعد تقويمية لا تقريرية ، لأنه يضع قواعد بما ينبغى أن يكون عليه سلوك الأفراد فى المجتمع لا قواعد بما عليه فعلا هذا السلوك . وهو يقدم هذه القواعد وفق مثل وقيم عليا يستهدفها ، ثم يتوجه بها الى الأفراد فى صورة أمر أو تكليف واجب طاعته بأن يحاذوا مسلكهم عليها . فالواقع هنا — أى سلوك الأفراد — هو الذى يخضع للقانون فيعمل على مسايرة قواعده ، وليس القانون هو الذى يخضع للواقع فيسايره بأن يقدم نفسه حسب ما عليه سلوك الأفراد فعلا .

ولذلك قلنا ان القانون — على خلاف قوانين الظواهر الطبيعية — انما يضع قواعد تقويمية لا تقريرية ، لأنه لا يقر مثلها الواقع كما هو ، بل يقوم بتقديره وتقويمه وفق المثل التى يستهدفها بما يعين الواجب فى شأنه «١» .

#### ٨ — القانون يفرض السلوك الواجب كأمر أو تكليف

رأينا أن القانون — على خلاف قوانين الظواهر الطبيعية — انما يضع قواعد تقويمية أى قواعد بالسلوك الواجب على الأفراد . ولكنه لا يتوجه بهذه القواعد على سبيل النصح أو الترغيب ، وانما يفرضها فرضا على سبيل الأمر أو التكليف .

وفرض السلوك الواجب كأمر أو تكليف لازمة من لوازم القانون لا يتصور وجوده دونها . لأن القانون انما يستهدف اقامة النظام فى المجتمع ، وهو ما يتهدده حتما حمل السلوك الواجب محمل النصح ، اذ يكون للأفراد حينئذ حرية مخالفته . من أجل ذلك كان القانون دائما قائما بفرض ما يراه من سلوك واجب فرضا يحمل معنى الزام الأفراد بالخضوع له . وهو فى ذلك يختلف عن الأخلاق التى قد تقوم فى بعض الأحوال

---

(١) انظر فى التفرقة بين القانون وقوانين الظواهر الطبيعية :

René Capitant, *L'illécite*, thèse, Paris, 1928, pp. 1 - 5 et 55. —

DABIN, *Théorie générale du droit*, 1953, No. 43.



— الى جنب ما تفرضه من أوامر تكاليف — بيان بعض ما تراه واجبا من سلوك ولكن على سبيل النذب والترغيب للوصول الى سمو نفسى أكمل «<sup>١</sup>» .

واذا كان القانون فى جوهره يتضمن تكليفا بالسلوك الواجب ، فان وجود مثل هذا التكليف يكون صريحا واضحا حيث ترد القاعدة القانونية فى صورة الأمر أو النهى . غير أن التكليف قد لا يتخذ مثل هذه الصورة الواضحة مما يثير الشك فى أمر توافره ، ولكنه متوافر رغم ذلك حتما فى كل قاعدة قانونية .

فقد يخفى التكليف لأول وهلة فى بعض القواعد القانونية المعروفة باسم « القواعد المقررة » ( Règles dispositives ) ، وهى التى لا تأمر بشيء أو تنهى عن شيء وانما تقتصر على بيان حكم من الأحكام ، كالقاعدة التى تقرر أن الحيازة فى المنقول سند الحائز ، أو القاعدة التى تحدد الموطن بمحل إقامة الشخص المعتادة ، أو تلك التى تثبت اختصاصا معينة لجهة أو هيئة معينة .

✓ غير أن هذه القواعد ، وان كان التكليف فيها غير صريح الصورة ، تتضمن فى الواقع أمرا أو تكليفا الى الكافة أو الى شخص أو هيئة معينة باحترام أحكامها والتزام سلوك معين فيما يوجد من علاقات أو روابط قانونية . فالقاعدة التى تقرر أن الحيازة فى المنقول سند الحائز تتضمن أمرا الى الكافة وخاصة الى المالك بالامتناع عن التعرض للحائز حسن النية . والقاعدة التى تقرر أن موطن الشخص هو محل إقامته المعتادة تتضمن أمرا الى الكافة بتوجيه الأوراق القضائية مثلا اليه فى هذا المحل . والقاعدة التى تثبت الاختصاص لجهة أو هيئة معينة ، تتضمن تكليفا الى هذه الهيئة بالعمل فى حدود هذا الاختصاص وعدم تخطيه ، بما يمنع غيرها من مزاحمتها أو مشاركتها فيه ، وتتضمن كذلك أمرا الى الكافة بالخضوع



لهذا الاختصاص والتزام ما يصدر عنه من أوامر أو قرارات «<sup>١</sup>» .  
وقد يخفى التكليف كذلك بشأن بعض القواعد القانونية المعروفة  
باسم «القواعد المفسرة أو المكملة» (Règles interprétatives ou supplétives)  
وهي التي تسرى في حال عدم اتفاق الأفراد على خلافها . ولكنها تتضمن  
هي الأخرى تكليفا كذلك ، وإن يكن هذا التكليف لا يتوجه إلا إلى  
طائفة من الأفراد هي تلك التي تنصرف إرادتهم عن مخالفتها «<sup>٢</sup>» .

#### ٩ - التكليف القانوني تكليف مطلق

إذا كان القانون بوصفه قواعد تقويمية للسلوك ، إنما يتوجه إلى  
الأفراد بأمر أو تكليف ملزم ، فإن هذا الأمر أو التكليف يكون مطلقا  
( Impératif catégorique ) ، بمعنى أن لا يخير المكلف بين اطاعة التكليف  
أو تحمل الجزاء . ذلك أن التكليف يصدق في حق من ينوى طاعته كما  
يصدق في حق من ينوى مخالفته على السواء ، فمن خالفه إنما يخالفه  
وهو مكلف بطاعته .

فالقانون مثلا حين يفرض عقوبة الإعدام جزاء للقتل العمد ، لا يجعل  
لأحد خيارا بين الانتهاء عن القتل إذا أراد الإفلات من الجزاء ، وبين الحق  
في القتل إذا أراد تحمل وطأة الجزاء . وإنما هو يقتصر على تحريم القتل  
اطلاقا فيكلف الأفراد جميعا بالامتناع عنه ، فمن خالف عن أمره ، رغم  
هذا التكليف الملزم ، جاء الحكم بالإعدام من بعد وسيلة للردع والجزر .  
فالتكليف إذن لا يرتفع في وجوده والزامه بالرغبة في الإفلات من الجزاء ،  
بل هو موجود في ذاته وبالزامه دون اعتبار لمثل هذه الرغبة ؛ ولذلك لم  
يكن التكليف ليرتفع عن عائق المكلف إذا رغب في تحمل الجزاء . ومن هنا  
لم يكن الجزاء شرطا للتكليف ، وإنما هو مجرد وسيلة يتذرع بها القانون

(١) René Capitant, thèse précitée, pp. 79 et 80. - DABIN, op. cit., No. 48

(٢) انظر في هذا المعنى :

Dabin, op. cit. No. 49. - R. Capitant, thèse précitée, pp. 69-74.

وانظر كذلك في تفصيله ما سورد في الفصل الثاني من الباب التمهيدي ،  
وهو الخاص بمدى سلطان إرادة الأفراد إزاء القانون .



— بعد فرض التكليف — لكفالة احترام التكليف ان خولف «١» .

والأمر يختلف عن ذلك في قوانين الطبيعة أو القوانين العلمية بوجه عام التي تقتصر على تسجيل الواقع وتقريره كما رأينا . ذلك أنها لا تأمر بسلوك معين ، وإنما هي ترتب نتيجة معينة على اتخاذ وسيلة معينة . فاتخاذ هذه الوسيلة لا يحمل تكليفاً إلا لمن أراد بلوغ تلك النتيجة . ومن هنا يقال ان هذه القوانين اذا كانت تضع تكليفاً ، فإن هذا التكليف — على خلاف التكليف القانوني المطلق — مجرد تكليف شرطي أو فرضي ( Impératif conditionnel ou hypothétique ) «٢» . فالقانون العلمي الذي يقرر أن الماء يجب أن يسخن الى درجة المائة لكى يغلى ، إنما يضع قاعدة تقريرية لأنه يقرر واقعا معيناً . وهذه القاعدة في أصلها ليست أمراً أو تكليفاً بشيء ، ولكنها قد تتضمن مجرد تكليف فرضي لمن يريد أن يغلى الماء ، هذا التكليف هو أن يسخنه الى درجة المائة .

واذا كان القانون يفرض تكليفاً مطلقاً ، فإن مثل هذا التكليف المطلق يتوافر في حق كل المخاطبين بحكم القانون دون تمييز . ولذلك ، فليس صحيحاً ما يذهب اليه بعض الفقهاء «٣» من قصر التكليف القانوني المطلق على ذلك التكليف المتوجه الى رجال السلطة العامة بتوقيع الجزاء ، واعتبار التكليف المتوجه الى الأفراد بسلوك معين مجرد تكليف شرطي أو فرضي لمن يريد الإفلات من الجزاء .

فمثل هذا النظر يغفل أن التكليف المتوجه الى الأفراد هو التكليف الأساسي لأن غرض القانون الرئيسي هو حكم سلوك الأفراد ؛ وأنه اذا

---

(١) في هذا المعنى :

Dabin, op. cit., No. 53

(٢) انظر في التفرقة بين التكليف المطلق والتكليف الفرضي ، واعتبار القانون تكليفاً مطلقاً :

R. Capitant, thèse précitée, pp. 13 - 28, 89 - 111. - Dabin, op. cit. No. 52.

(٣) Kelsen, Aperçu d'une théorie générale de l'Etat, Revue du droit public et de la science politique, 1926, p. 572 et s.



وجد ثم تكليف آخر يتوجه الى رجال السلطة العامة بتوقيع الجزاء ، فهو مجرد تكليف فرعى لتعزيز التكليف الأساسى وكفالة احترامه •

هذا فضلا عن أن مثل هذا النظر يقود الى نتيجة غير مقبولة • اذ هو يعطى للأفراد — اذا أرادوا تحمل الجزاء — حقا فى مخالفة التكليف المتوجه اليهم ، وهو ما يستعصى معه وصف هذه المخالفة بوصفها الصحيح من أنها عمل غير مشروع ( acte illicite ) ، بل تعتبر مجرد فعل يسبب أو يستتبع توقيع الجزاء « ١ » •

فالتكليف القانونى اذن تكليف مطلق دائما سواء كان متوجها الى الأفراد أو الى رجال السلطة العامة • ولذلك نجد فى القاعدة التى تعاقب على القتل العمد بالاعدام تكليفين مطلقين : الأول يتوجه الى الأفراد ومضمونه « لا تقتلوا » ، والثانى يتوجه الى رجال السلطة العامة ومضمونه « اعدموا القاتل » •

## المبحث الثانى

### القانون مجموعة قواعد عامة مجردة

#### Règles générales et abstraites

#### ١ - التكليف القانونى تكليف عام مجرد

القانون باعتباره مجموعة قواعد تضع نظاما للمجتمع ، وباعتباره قواعد سلوك أى تكليفا بأمر أو مسلك معين ينبغى اتباعه ، انما يسبق فى وجوده ما يواجه من فروض يخضعها لحكمه • ومن هنا لم يكن من المتصور أن يتيسر حصر كل ما قد يعرض فى المستقبل من مختلف الفروض والحالات الفردية غير المتناهية ، ووضع قاعدة آمرة بشأن كل حالة على حدها ينصرف التكليف فيها الى شخص معين بذاته • فالنظام والاستقرار — وهو

---

(١) Dabin, op. cit., No. 53, p. 68. — R. Capitant, thèse précitée, p. 103



فما يستهدف القانون اقامته — يقضى بتحقيق المساواة بين الأفراد ، وهذه المساواة لا تيسر اقامتها ابتداء الا على أساس الوضع الغالب في الحياة الاجتماعية، وهو ما يحتم أن يؤخذ التكليف المتوجه الى الأفراد بمعيار موضوعي لا شخصي أى يلجأ فيه الى تجريد تكون العبرة فيه بعموم الصفة لا بتخصيص الذات .

فالتكليف الذى يتضمنه القانون اذن لا يمكن أن يكون الا تكليفا عاما مجردا يتوجه الى كل من تتوافر فيه صفة بعينها لا الى شخص بعينه ، ويواجه كل واقعة تتوافر فيها شروط معينة لا واقعة معينة بذاتها ، ومن هنا جاء ما يتميز به القانون من تواتر التطبيق واطراده كلما توافرت الصفة المطلوبة في فرد أيا كان أو اجتمعت الشروط المعينة لواقعة أيا كانت .

فالعموم والتجريد اللذان يتميز بهما القانون يصدقان في حق الأشخاص المخاطبين بما يتضمن من تكليف ، كما يصدقان في حق الوقائع أو الروابط التى ينصرف الى تنظيمها هذا التكليف . وبعبارة أخرى فالقواعد القانونية تتميز بالعموم والتجريد — وهما وجهان لخصيصة واحدة — بالنسبة الى أشخاصها والى موضوعها على حد سواء . والقانون باعتباره تكليفا عاما مجردا لا يستنفده — على خلاف التكليف الخاص كما سنرى — تطبيق ما على شخص معين أو واقعة معينة ، ولذلك فهو يكتسب صفة الدوام بمعنى أنه لا يقتصر على الحال بل يمتد كذلك الى الاستقبال فيترتب دائما بصفة الشخص أو نوع الواقعة ، وهو ما يتسع لعدد غير محدود أو محصور من الحالات « ١ » .

---

(١) ولذلك ، فكما يقول استاذنا الدكتور حسن بغدادى : « ان الصفة وحدها قد لا تكفى . فقد تتخذ الصفة ستارا خادعا يخفى وراءه طائفة من الأشخاص المعنيين بدواتهم ويحصل ذلك غالبا لتيسير الحصر والتحديد . ومثل ذلك ما حدث بالنسبة للقوانين الاستثنائية التى قضت بأن كل من حصل من الطلبة الراسبين على نسبة مئوية معينة من مجموع درجات الامتحان يعتبر ناجحا . فمثل هذه القوانين تتوجه الى اشخاص معينين بدواتهم ، هم الراسبون فعلا ، الذين يمكن حصرهم وتعيينهم بأسمائهم ، ولكنها في ظاهرها تعد بصفايت هؤلاء الاشخاص تيسيرا لحصرهم وتحديدهم »



١٠. فقانون التجنيد الاجبارى يضع قاعدة قانونية لأن التكليف فيه تكليف عام مجرد يتوجه الى كل من تتوافر فيه في الحال أو الاستقبال صفات معينة تتعلق بالجنس والسن والقدرة البدنية ؛ بينما لايعتبر القرار الصادر باقتراع شخص معين للخدمة العسكرية قاعدة قانونية لأنه انما يتوجه الى شخص معين بالذات .

١١. والقاعدة التى تنص على أن الخطأ الذى ينتج عنه ضرر للغير يلزم صاحبه بالتعويض هى قاعدة قانونية لأنها عامة مجردة تنطبق على كل فعل ضار متى توافرت فيه صفة الخطأ ؛ بينما الحكم القضائى الصادر بالزام طبيب معين بأداء مبلغ ألف جنيه على سبيل التعويض الى مريض معين ، نتيجة خطئه خطأ جسيما فى العلاج مما ترتب عليه الاضرار بهذا المريض ، لايعد هذا الحكم متضمنا لقاعدة قانونية ، لأنه انما يواجه حالة بخصوصها ، فيتوجه بمجرد تكليف خاص لا يخاطب الا فردا معيناً بذاته ، هو ذلك الطبيب المقامة عليه الدعوى .

١٢. والمرسوم الصادر بنزع ملكية عقار معين للمنفعة العامة لايعض قاعدة قانونية لأنه لا يتناول نزع الملكية الا فى شأن هذا العقار وحده ؛ وعلى خلاف ذلك يضع المرسوم بقانون الصادر أخيرا بتحديد الملكية الزراعية قواعد قانونية لأنه يتوجه — لا الى مالك زراعى بالذات ولا الى أرض زراعية معينة بالذات — ولكن الى كل من تتوافر فيه صفة معينة هى ملكية أكثر من مائتى فدان .

١٣. والمرسوم أو القرار الصادر بتعيين شخص معين فى وظيفة معينة لا يضع قاعدة قانونية لأنه انما يخص شخصا معيناً بالذات ، بينما يضع القانون الخاص بشروط التوظيف قواعد قانونية لأنه عام لا يواجه ذوات معينة بل صفات مجردة .

---

== فى نص القانون . فالصفة لابد ان تنطوى على امكان التطبيق لا فى الحال فحسب ، بل وفى الاستقبال ، حتى يتسنى بذلك أن يكون حكم القاعدة القانونية عاما يتوجه الى طائفة غير متناهية العدد من المخاطبين . « ( حسن بغدادى ، المدخل للعلوم القانونية ، ص ١٨ ، هامش رقم ١ ) . »



وليس يعنى أن القانون يضع قاعدة عامة أنه يسرى في حق الناس كافة ، فهو قد ينصرف الى طائفة محدودة من الناس دون أن يطعن ذلك فيما له من صفة العموم والتجريد ما دامت هذه الطائفة معينة بصفات من يدخل فيها من أشخاص لا بذواتهم • فقانون استقلال القضاء مثلا يضع قواعد قانونية تسرى على طائفة القضاة وهم طائفة محدودة من الناس ، وهى على رغم ذلك قواعد قانونية بالمعنى الذى أوضحناه لأنها تخص كل من تتوافر فيه صفة معينة هى صفة ولاية القضاء •

فالعبرة إذن ليست بعدد من تتوجه اليه القاعدة — قل أو كثر — وإنما بصفة من تتوجه اليه • فقد نتوجه بولاية الى شخص واحد ورغم ذلك تظل قاعدة عامة مجردة لأنها تتوجه الى صفة معينة لا الى شخص معين ، كالقواعد الخاصة بتحديد سلطات رئيس الدولة الدستورية التى لا تتوجه الى رئيس معين بذاته بل تتوجه الى كل من يشغل في الحاضر أو المستقبل رئاسة الدولة •

وينبنى على ما تقدم أن التكليف العام المجرد الذى يتضمنه القانون يفترق عن التكليف الخاص الذى يتوجه الى شخص معين بذاته أو يحكم رابطة أو واقعة معينة بذاتها ، والذى يتلشى وينقضى أثره بتطبيقه على هذا الشخص أو تلك الواقعة ، كما هو الشأن بالنسبة للتكليف الذى يتضمنه حكم قضائى أو أمر ادارى أو عقد من العقود • فهذا التكليف الخاص لا يعدو أن يكون أمرا خاصا لا يرتفع الى مرتبة القاعدة العامة المجردة لأن صفة العموم والتجريد فيه مفقودة ، فهو يتوجه الى شخص معين بذاته لا بصفته ، فيسرى في حقه وحده دون غيره من الناس ، أو هو يحكم واقعة معينة بذاتها ، فينطبق عليها وحدها دون غيرها من الوقائع • ومن هنا فالقول بأن في هذا التكليف الخاص قاعدة قانونية فردية — كما يذهب الى ذلك بعض فقهاء القانون العام خاصة «أ» — لا يمكن التسليم

---

(١) ALIBERT, Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir, 1926, p. 259, — René Capitant, thèse



به . فالقاعدة بطبيعتها عامة ، وهذه القواعد الفردية المدعاة — فضلا عن ذلك — لاتعدو أن تكون تطبيقا لقاعدة قانونية سابقة تتصف بصفة العموم والتجريد ، فلا حاجة — مع وجودها — الى اسباغ صفة القاعدة القانونية على ما قد يكون لها من تطبيق فردي أو شخصي «<sup>(١)</sup>» .

فلا حاجة للقول مثلا بأن عقد بيع عقار معين من العقارات ينشئ قاعدة قانونية فردية تحكم علاقة بائع هذا العقار ومشتريه ، ما دامت هذه القاعدة الفردية — ان صح تسميتها بالقاعدة رغم فرديتها — ليست الا تطبيقا لقاعدة عامة مجردة هي تلك التي تقضى بأن العقد شريعة المتعاقدين . والحكم القضائي الصادر بالزام شخص بالتعويض لأنه صدم آخر بسيارته لا ينشئ قاعدة قانونية اذ ما هو في الواقع الا تطبيق فردي للقاعدة القانونية العامة المجردة التي تلزم بالتعويض كل من تسبب بخطئه في الاضرار بغيره . والأمر الإداري الصادر بعزل موظف معين لا يضع بذاته قاعدة قانونية فردية بل يطبق قاعدة قانونية عامة مجردة هي تلك التي تخول للجهة المختصة حق العزل اذا ارتكب الموظف خطأ يستوجب العزل .

ففى القول بوجود قواعد قانونية فردية ، الى جنب القواعد القانونية العامة المجردة ، خلط واضح بين انشاء القانون وبين تطبيقه . ولو صح مثل هذا الخلط لجر الى نتائج غير معقولة . اذ يجب حينئذ في منطق هذا الخلط ، عدم الاقتصار على اعتبار العقد أو الأمر الإداري أو الحكم القضائي منشئا لقاعدة قانونية فردية ، بل اعتبار كل تطبيق فردي لقاعدة قانونية عامة مجردة منشئا لقاعدة قانونية فردية . فتكون جريمة القتل مثلا

---

= précitée pp. 58-60, 153-156. — Bonnard, L'origine de l'ordonnancement juridique, Mélanges Hauriou, 1929, pp. 37-41. — Kelsen, La théorie juridique de la convention, Archives de philosophie du Droit et de Sociologie juridique, 1940, p. 33 et s.

(١) انظر في رفض التسليم بوجود قواعد قانونية فردية :

Dabin, op. cit., Nos. 56, 57.



منشئة بالنسبة للقاتل لقاعدة قانونية فردية بالعقاب • ويكون الفعل غير المشروع منشئاً ، بالنسبة لمرتكبه ، لقاعدة قانونية فردية بالمسئولية المدنية ، وهكذا • • • وهذا لغو غير مقبول ، يقود الى اعتبار كل مصادر الالتزام مصادر للقانون «<sup>١</sup>» •

### ١١ - التكليف القانوني العام المجرد وتحقيق العدل

إذا كان القانون - كما رأينا - يتضمن تكليفاً عاماً مجرداً ، فإن صفة العموم والتجريد التي يتصف بها هذا التكليف ، تستتبع اقتصار القانون في الأصل على مجرد تحقيق العدل (La Justice) دون تحقيق العدالة (L'équité) .

والعدل يختلف عن العدالة كما سيرد البيان • ذلك أنه إذا كان كل من الفكرتين يقوم على مبدأ المساواة في معاملة المخاطبين بأحكام القانون ، إلا أن المساواة التي تقوم عليها فكرة العدل هي مجرد مساواة جامدة مجردة تبنى على أساس الوضع الغالب في الحياة دون اعتداد بتفاوت الظروف أو اختلاف الجزئيات في الحالات المتماثلة • بينما المساواة التي تقوم عليها فكرة العدالة هي مساواة مجسمة واقعية تقوم على أساس التماثل في المعاملة للحالات المتماثلة إذا تماثلت كذلك هذه الحالات في ظروفها الخاصة وجزئياتها الواقعية •

ولما كان القانون إنما يضع قواعده ابتداءً ، أي يضع قواعده مقدماً لكي تطبق من بعد على كل ما يدخل في نطاقها من أوضاع وحالات مستقبلية، فيستحيل عليه منطقاً تحقيق مثل هذه المساواة المجسمة الواقعية التي تقوم عليها فكرة العدالة ، لأنه لا يستطيع الاحاطة ولا التنبؤ مقدماً بالظروف الخاصة أو الجزئيات الواقعية لكل تلك الأوضاع والحالات المستقبلية «<sup>٢</sup>» •

---

(١) في هذا المعنى :

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 123

(٢) في هذا المعنى :

حسن بغدادى ، المرجع السابق ، ص ٥١ و ٥٢ •



وكذلك ، فإن القانون إنما يستهدف إقامة النظام والاستقرار في المجتمع ، عن طريق تحقيق التوازن بين مختلف المصالح المتضاربة لأفراد هذا المجتمع . وليس مما يعين على تحقيق النظام والاستقرار في المجتمع ، إقامه مساواة بين الأفراد يعتد فيها بالظروف الخاصة بكل منهم . ومن هنا جاء انصراف القانون في المبدأ عن تحقيق مثل هذه المساواة ، أى عن تحقيق العدالة ، اكتفاء بتحقيق العدل عن طريق إقامة مساواة عامة يعتد فيها بالوضع الغالب في الحياة الاجتماعية ، دون نظر الى ما قد يشذ عن ذلك من أحوال . فغاية القانون — أى استقرار المجتمع وإقامة نظامه — هي التي تحدد وسائله ، وهي تحددها بعموم وتجريد ، لا بتخصيص أو تفريد ، أى تحددها بإقامة العدل لا بتحقيق العدالة .

ومن هنا ، فالقانون حين يعتمد مثلاً الى تحديد سن الرشد أى الى تعيين كمال الأهلية لدى الأفراد ، لا يترك الأمر الى القضاء ينظر في كل حال بخصوصها ليحدد سن الرشد على ضوء ظروفها ، وإن يكن في ذلك تحقيق للعدالة نظراً الى تفاوت الناس في النضج العقلي وتأخر تمامه عند بعض وتبكيره عند بعض آخر ؛ ولكن القانون يكتفى بإقامة توازن بين هؤلاء الناس المتفاوتين في النضج العقلي على أساس الوضع الشائع فيهم ومتوسط سن هذا النضج بينهم ، فيحدد الرشد بواحد وعشرين سنة مثلاً . وليس يخفى ما قد يكون في هذا التحديد الجامد العام من ظلم على بعض الناس سريعي النضج العقلي ، أو ما قد يكون فيه من محاباة لبعض آخر بطيء هذا النضج . ولكنه رغم ذلك عدل يقتضيه تحقيق النظام والاستقرار في الجماعة ، وتلك غاية القانون الأولى .



## المبحث الثالث

### القانون مجموعة قواعد اجتماعية

#### Règles Sociales

#### ١٢ - بيئة القانون الاجتماعية (١)

قلنا ان القانون يضع قواعد سلوك ياتمر بها الأفراد . والأفراد — كما رأينا — لا يمكن أن يعيشوا الا في مجتمع ، فكأن القانون اذن انما يفترض وجود بيئة اجتماعية .

والمقصود بالمجتمع أو البيئة الاجتماعية هنا ، ليس تجمع أفراد من الناس — قلوا أو كثروا — في بقعة من الأرض معينة ، دون هدف واحد يربطهم ويجمع بينهم . وانما المجتمع هو شركة يجمع أعضاؤها التضامن لتحقيق ما بينهم من صالح مشترك . ولأمناس لهذا المجتمع من أن يكون له نظام تتولى قواعده تحديد التعاون بين الشركاء وكفالة دوامه لتحقيق الغاية المشتركة . وهو ما يقتضى وجود سلطة تكون لها السيادة على أفراد المجتمع بما يمكنها من فرض كلمة القانون . ولذلك فالقانون يوجد في مجتمع سياسى منظم يخضع أفراداه لسيادة سلطة عامة تملك عليهم حق الجبر والقهر .

ولئن كانت الدولة هي الشكل الواضح اليوم لمثل هذا المجتمع السياسى المنظم ، الا أن ذلك لايعنى أن الدولة هي الشكل الوحيد لبيئة القانون ، فقد يوجد القانون في مجتمع لا تتوافر له عناصر الدولة أو شكلها، مادامت ثمة سلطة تمتلك حق السيادة والاجبار فيه . ولذلك كان القانون

(١) أنظر في ذلك :

Réglade, Valeur sociale et concepts juridiques, norme et technique, 1950, p. 49. — Roubier, Théorie générale du droit, 1946, pp. 23, 24. — Del Vecchio, Philosophie du droit, 1953, pp. 346-377. — Dabin, op .cit., Nos. 8-13.

حسن بغدادى ، المرجع السابق ، فقرة ١٦ ، ص ٥٨ - ٦٢ .



أسبق في الوجود تاريخيا من الدولة «١»، ولم يصل الى يئتها حيث التنظيم السياسى الكامل الا بعد أن مر طوال أحقاب طويلة بيئات مختلفة تدرج نحو هذا التنظيم «٢» .

واذا كان القانون ينشأ فى بيئة اجتماعية ، فانه لابد متأثر بها متطور معها فى تقدمها ، ولذلك كان اختلافه من بيئة الى أخرى بحسب اختلاف الظروف والحياة فيها .

## ١٢ - القانون والعلوم الاجتماعية

القانون ، بوصفه مجموعة قواعد تستهدف إقامة نظام اجتماعى عن طريق حكم سلوك الأفراد فى المجتمع ، يدخل فى نطاق العلوم الاجتماعية . ومن هنا ، كانت صلاته بها واعتماده عليها فى إقامة قواعده .

فهو يتصل بعلم السياسة «٣» حين يضع قواعد النظام السياسى فى المجتمع ، فيحدد شكل الحكم وتوزع السلطات العامة وتعاونها .

وهو يتصل بعلم الاجتماع «٤» ، اذ يعتمد عليه فى تعرف الحقائق الاجتماعية كما هى حية فى المجتمع ، فحين يعرض لتنظيمها انما يعرض له عن علم وبيئة وبصيرة ، ولذلك كان القانون مدينا لعلم الاجتماع بكثير من المواد الأولية التى يصوغ منها نسيجه .

---

(١) وهذا يكشف عن فساد ما يذهب اليه بعض الفقهاء من رد القانون الى مشيئة الدولة . انظر ما سيرد بعد من عرض هذا المذهب ورفضه عند الكلام فى المذاهب الشكلية فى تكوين القاعدة القانونية .

(٢) بدأ المجتمع فى نطاق محدود هو الاسرة البدائية او القبيلة فى القديم ، ثم تطور الى الاقطاعية فى العصور الوسطى ، وانتهى فى عصرنا هذا الى ان ينحصر فى الوطن او الدولة . ولعل هذه المرحلة ليست نهاية مراحلها ، اذ يبقى ان يكون العالم مجتمعا واحدا .

(٣) انظر فى ذلك :

Ripert et Boulanger, Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, t. I, 1956, Nos. 54-56.

(٤) انظر فى ذلك :

De La Gressaye et Laborde - Lacoste, Introduction générale à l'étude du droit, Nos. 92-104. — Ripert et Boulanger, op. cit., Nos. 51-53.



وهو يتصل بالتاريخ «١» ليقف على الأنظمة القانونية السابقة ومدى نجاحها العملى فى التطبيق ، فيستهدى فى وضع قواعده بمثل هذه التجارب التاريخية النافعة . ولكن اذا كان الوقوف على حصيلة التاريخ لازما للقانون ، فليس يعنى ذلك التقيد بها والجمود عند القواعد التى ثبت عليها التقليد ، اذ الحياة الاجتماعية فى تطور وتقدم مستمر يحتاج معه القانون الى الملاءمة والتجديد .

وهو يتصل بالاقتصاد السياسى «٢» حين يعرض لتنظيم الروابط الاقتصادية المختلفة . والتأثر المتبادل بينهما وثيق كما سنرى ، حيث نجد فى مقابلة فكرة العدل الخاص أو النزعة الفردية فى القانون مذهب « الاقتصاد الحر » ( L'économie libérale ) ، وفى مقابلة فكرة العدل العام أو النزعة الاجتماعية فى القانون مذهب « الاقتصاد المدار » ( L'économie dirigée ) وبذلك يتراوح الأمر فى القانون وفى الاقتصاد السياسى بين مبدأ حرية الفرد ومبدأ سيطرة الجماعة .

واذا كان القانون يعتمد على كثير من العوامل الاقتصادية ، فان ذلك لايعنى أنه محكوم بالاقتصاد السياسى وحده كما تذهب الى ذلك الاشتراكية الماركسية ، فسنرى أن الاقتصاد ليس الا مجرد عامل ضمن عوامل أخرى كثيرة تدخل فى تكوين القانون «٣» .

---

(١) انظر فى ذلك :

De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., Nos. 116 - 127. — Ripert et Boulanger, op. cit., Nos. 37-39.

(٢) انظر فى ذلك :

André Marchal, Les Rapports du droit et de l'économie politique, dans l'ouvrage collectif d'Introduction à l'étude du droit, t. II, 1953, pp. 201-243. — De la Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., Nos. 105-115. — Ripert et Boulanger, op. cit., Nos. 46-50.

(٣) انظر ما سيرد بعد عند الكلام فى العنصر الواقعى فى تكوين القاعدة القانونية .



## ١٤ - القانون وقواعد السلوك الاجتماعية الأخرى

القانون باعتباره مقيما لنظام اجتماعي يتغلغل في الحياة الاجتماعية ويوغل فيها حتى يكاد ينبسط نطاقه على أكثر مظاهرها ومعالمها ، بل انه مائل حاضرا في أكثر مظاهر النشاط اليومي يحكم ما يصدر عنها من تصرفات تبدو مع التكرار آلية كشاء الجرائد والحاجات المنزلية وهو ما يكون بيعا ، وكركوب الترام والاختلاف الى دور السينما وهو ما يكون ايجارا .

غير أن القانون وإن كان يسيطر على أكثر مظاهر الحياة الاجتماعية ، فليست قواعده بالوحيدة — وإن تكن في الطليعة — بين القواعد التي تنظم الحياة في المجتمع . فثم قواعد تقضى بها المجاملات والعادات والتقاليد ، وثم قواعد تقضى بها الأخلاق ، وتعتبر كل هذه القواعد قواعد اجتماعية لأنها تحكم سلوك الأفراد في المجتمع . من أجل ذلك ينبغي التمييز بين قواعد القانون وبين ما يختلط بها من قواعد السلوك الاجتماعية الأخرى .

## ١٥ - القانون وقواعد العادات والمجاملات

توجد في كل مجتمع قواعد يتواضع الناس على اتباعها في علاقاتهم وصلاتهم اليومية ، أو يجرى بها التقليد بينهم في مظهرهم وملبسهم . فثم قواعد تقضى بها المجاملات ويحتمها حسن التهذيب والتمدين ، كالسلام والتحية عند اللقاء ، والعزاء والمواساة في الكوارث أو الموت ، والتهنئة في الخير . وثم قواعد تقضى بها العادات والتقاليد في شأن الملبس أو المظهر ، تتفاوت وتختلف باختلاف المناسبات ، وباختلاف الأفراد الى رجال ونساء .

فكل هذه القواعد وأمثالها قواعد يأتمر بها سلوك الأفراد في المجتمع بل ويعدها هؤلاء الأفراد ملزمة لهم بحيث يستنكرون الخروج عليها . ومن



هنا كانت هذه القواعد قواعد اجتماعية يقوم على كفالة احترامها جزاء معين هو استنكار الناس •

ولذلك قد يقال ان اختلاف في الجزاء يصلح معيارا للتفرقة بين قواعد القانون وقواعد المجاملات والتقاليد : اذ بينما يقتصر الجزاء في الثانية على مجرد استنكار الناس ، يكون الجزاء في الأولى هو ذلك الاجبار الذي تحتكر السلطة العامة في الجماعة حق توقيعه على المخالف •

ولكن يبقى التساؤل عن سبب هذا الاختلاف في الجزاء • وليس يصلح القول برد ذلك الى اختلاف الموضوع بين هذين النوعين من القواعد ، اذ لا توجد حدود منضبطة تفصل بين موضوعيهما ، فهما متداخلان متشابكان • ولذلك لا يكون من العسير أو الغريب تحول بعض قواعد المجاملات والتقاليد الى قواعد قانونية • فمن المتصور تدخل القانون ليفرض زيا معيناً على الناس ، أو ليأمر بإطلاق اللحي أو حلقها ، أو بإطالة أثواب النساء أو تقصيرها •

فما هو المعيار الذي يمكن الاعتماد عليه اذن للتفرقة بين قواعد القانون وبين قواعد المجاملات والتقاليد ؟ • لعل خير معيار في هذا الصدد هو تفاوت المصالح — الذي يقوم على أساس تحقيقها هذان العزكان من القواعد — في قدرها وأهميتها للنظام والاستقرار في المجتمع • فالقيم التي تعمل على اقرارها قواعد العادات والتقاليد والمجاملات أضعف أثراً في اقامة النظام الاجتماعي من تلك التي يعمل القانون على اقرارها ، ولذلك لا تحتاج كفالتها الى اجبار مادي جماعي بل يكفي في شأنها مجرد الاستنكار العام «<sup>١</sup>» •

---

(١) انظر :

Paul ESMEIN, La place du droit dans la vie sociale, dans l'ouvrage collectif d'Introduction à l'étude du droit, t. I, 1951, pp. 111-113. — Del Vecchio, op. cit., p. 266.



## ١٦ - القانون والأخلاق (١)

إذا كان القانون والأخلاق لم تتحدد معالم التفرقة بينهما بشكل واضح إلا منذ القرن الثامن عشر «<sup>٢</sup>» ، إلا أن هذه التفرقة المستقرة اليوم

(١) لعل هذا الموضوع من أحفل الموضوعات التي حظيت بعناية الفلاسفة والفقهاء ، ولذلك فمراجعة وفيرة نكتفي بالإشارة إلى أهمها فيما يلي :  
MAY, op. cit., pp. 12 - 14. — Roubler, op. cit., No. 5, pp. 33 - 42. — Réglade, op. cit., pp. 43 - 52. — Pasquier, op. cit., Nos. 348 - 354. — Del Vecchio, op. cit., pp. 270-279. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., Nos. 76-78. — R. Capitant, thèse précitée, pp. 172-196. — Darbellay, La règle juridique, pp. 117-146. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 37. — Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, Nos. 14,-18, 206, 208. — Ripert, Les forces créatrices du droit, Nos. 69-76. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 43-45. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 14. — Draghicescu, Droit, morale et religion, Archives de philosophie du droit et de Sociologie Juridique, 1932, Nos. 1-2, pp. 229-245. — Le FUR, Les caractères essentiels du droit en comparaison avec les autres règles de la vie sociale, Arch. de phil. du droit, 1935, Nos. 3-4, pp. 7-27. — Dupeyroux, Les grands problèmes du droit, Arch. de phil. du droit, 1938, Nos. 1-2, p. 7-77. — Esmein, article précité, pp. 119-127.

سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ، فقرة ١٦ - فقرة ٢٥ - محمد على امام ، محاضرات في نظرية القانون ، فقرة ١٣ .

(٢) كان القانون مختلطاً بالدين والأخلاق منذ قديم . فلم يكن اليونان يجعلون فارقاً بين القانون والأخلاق ، بل كانوا ينظرون إلى قواعد القانون على أنها قواعد أخلاقية مقصود بها تحقيق الخير والسعادة . ولكن التفرقة بين القانون والأخلاق ما لبثت أن عرفت طريقها إلى بعض فقهاء الرومان ، ان لم يكن على سبيل التأسيس والتفصيل ، ففي الأقل على سبيل الشعور بضرورة تعيين حدود للقانون بحيث لا يختلط بالأخلاق ، وهو ما يدل عليه قول الفقيه « پول » : « ليس كل ما يبيحه القانون يعتبر موافقاً للأخلاق » .

ولكن الخلط بين القانون والأخلاق ما لبث أن فشا في العصور الوسطى ، فأصبح ينظر إلى القانون كقواعد عالمية للسلوك بحيث تشمل وتستوعب في رحابها الأخلاق ، على عكس ما كان مستقراً في القديم من أن الأخلاق هي التي تستوعب القانون .

ولم يتع للتفرقة بين القانون والأخلاق أن تعود وتظهر كنظرية إلا في أوائل القرن الثامن عشر ، حين اشتد طغيان الدولة في الحجر على الآراء والمعتقدات ، فظهرت الرغبة في محاربة هذا الطغيان واستخلاص حرية الفكر والاعتقاد للأفراد ، وهو ما عبر عنه « توماسيوس » ( Thomasius ) بإقامة نظرية ترد ما يتعلق بالفكر والتفكير والاعتقاد إلى الأخلاق =



ما زالت تختلف اليها السبل وتتباين بشأنها المعايير . وقد يتيح لنا الوقوف عندما يميز القانون من كونه يستهدف اقامة نظام اجتماعي ، سبيلا الى اقامة التفرقة بينهما على أساس سليم .

(١) نطاق القانون والأخلاق : اذا كانت التفرقة مستقرة اليوم بين القانون والأخلاق ، فان القانون مع ذلك يلتقي مع الأخلاق في كثير من قواعدها ، كتلك التي تحرم الاعتداء على النفس أو المال أو العرض ، أو التي تدعو الى الوفاء بالعهود ، أو التي تحرم الاثراء بغير سبب مشروع ، ولكن دون أن يجر هذا الالتقاء الى اختلاف القانون بالأخلاق ، اذ يظل لكل منهما نطاقه وغايته .

فكثيرا ما ينسبط سلطان القانون على ما تنفص الأخلاق يدها منه لأنه مما تقتضيه ضرورات الحياة في الجماعة دون أن يثير مسألة أخلاقية ، كتنظيم المرور في الطرق العامة ، وتحديد مواعيد للطعن في الأحكام ، واشتراط الرسمية في بعض التصرفات . فهذه أمور تنظيمية بحتة تحتها فكرة النفع الاجتماعي .

ويقابل ذلك أن القانون يقصر بدوره عن تناول كل ما تقضى به الأخلاق ، فهو لا يهتم في الأصل بما قد تأمر به من بعض الفضائل كالصدق والشجاعة والشهامة والترفع عن الزلفى والنفاق . وبذلك يتضح أن النطاق ، اذا كان يتداخل بين القانون والأخلاق حيناً ، الا أنه يتباعد أحيانا : فهو تارة ينسبط في القانون عنه في الأخلاق ، وتارة أخرى يتسع في الأخلاق عنه في القانون «١» .

== لا الى القانون . ثم تعززت التفرقة بين القانون والأخلاق بتأكيد الفيلسوف « كانت » ( Kant ) لها ، واستقرت لدى الفلاسفة والفقهاء منذ ذلك الوقت .

انظر في تاريخ التفرقة بين القانون والأخلاق :

Del Vecchio, op. cit., pp. 272-275. — Roubier, op. cit., No. 5, p. 32-38.

(١) انظر :

Esmein, article précité, p. 123. — Roubier, op. cit., No. 5, pp. 40-42.

— Du Pasquier, op. cit., Nos. 266, 349.



(٢) معيار التفرقة بين القانون والأخلاق : اذا كانت التفرقة مسلمة اليوم بين القانون والأخلاق ، فان ذلك لم يمنع الفلاسفة والفقهاء من الاختلاف حول معيارها اختلافا كبيرا .

فبعض الفقهاء يرون هذا المعيار في اقتصار الأخلاق على حكم الحياة الباطنة في الضمير التي ما زالت في النفس مجرد مقاصد ونوايا لم تخرج الى الوجود بعد في صورة أفعال ، واقتصار القانون على المحسوس من الأفعال دون الوقوف عندما يستتر وراءها في الضمير من دوافع خفية «<sup>١</sup>» .

ولكن الواقع أن الأخلاق ، وإن كانت تعنى في الأصل بمحض المقاصد والنوايا الباطنة ، فهي لا تقتصر على ذلك ، بل تمتد أيضا الى كثير من الأفعال الخارجية المحسوسة . وآية ذلك أن الأخلاق لا تقتصر على بيان واجبات الفرد قبل ربه وواجباته قبل نفسه فحسب ، ولكنها تتجاوز ذلك الى بيان واجباته قبل غيره من الأفراد «<sup>٢</sup>» ، وهو ما يتناول عالم النية وعالم المحسوس من الأفعال على حد سواء .

وكذلك القانون ، فانه ان كان في الأصل يحكم ما يخرج الى الوجود من أفعال ، فهو لا يغفل عما يستخفى وراء هذه الأفعال في النفس من دوافع «<sup>٣</sup>» ؛ وفي نظرية التعسف في استعمال الحق وفي سبب الالتزام والحيازة خير دليل على ذلك .

(١) انظر في ذلك :

Kant, voir Roubier, op. cit., pp. 35, 36. — Cornil, Le droit privé, 1924, p. 5.

(٢) وقد أريد الاستناد الى ذلك لمقابلة القانون بالأخلاق ، والتوصل الى القول بأن القانون يفترق عن الاخلاق في كونه لايعنى ببيان واجبات الفرد نحو ربه ولا بواجباته نحو نفسه ، وانما يقتصر على بيان واجبات الفرد نحو غيره من الأفراد . ولكن هذا القول لا يصدق على إطلاقه ، فبعض القوانين تعاقب على الالحاد ، وبعضها يعاقب على الشروع في الانتحار .

( انظر في هذا المعنى : 31, 37. Nos. Marty et Raynaud, op. cit. ) .

(٣) انظر في هذا المعنى :

R. Capitant, thèse précitée, pp. 189, 190. — Roubier, op. cit., pp. 35, 36.  
— Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, No. 49, pp. 200-204.  
— Esmein, article précité, pp. 121, 122.



فالمالك الذى يقيم على حدود ملكه سورا يرتفع ارتفاعا شاهقا يحجب الضوء والهواء عن ملك الجار يؤمر بهدم السور الى الحد المعقول اذا ثبت أن نيته لم تنصرف الا الى الاضرار بالجار دون نفع ظاهر لنفسه ، اذ تؤخذ نية الاضرار عنده قرينة على تعسفه فى استعمال حقه فى الملكية . واستئجار منزل بقصد ادارته للدعارة يبطل الايجار لأن الباعث على التعاقد أمر مخالف للآداب مما يصبح معه سبب الالتزام غير مشروع . وحسن نية الحائز يدخل فى الاعتبار عند ترتيب الآثار القانونية على الحيازة .

ويرجع فقهاء آخرون مناط التفرقة بين القانون والأخلاق الى الجزء « ١ » ، فبينما تكفل السلطة العامة احترام القواعد القانونية بما لديها من وسائل مادية للاجبار والالزام ، لاتجد القواعد الأخلاقية من جزاء على خرقها الا مجرد تأنيب الضمير أو استنكار الناس .

والحق أن الجزء كما قالوا مختلف فى القانون عنه فى الأخلاق ، ولكنه لا يفى بمفرده كمعيار فاصل للتفرقة بينهما ، اذ يبقى التساؤل عن مبعث هذا الاختلاف فى الجزء .

والواقع أن اختلاف الجزء ليس الا وليد اختلاف فى الغاية والهدف بين القانون والأخلاق . فغاية الأخلاق مثالية هي السمو بالإنسان ، وغاية القانون واقعية نفعية هي اقامة نظام فى المجتمع .

ولذلك كانت قواعد الأخلاق منبعثة من الضمير ومتوجهة الى الفرد بقصد تطهير النفس والعروج بها الى مراقى السمو والكمال الانسانى . وكانت قواعد القانون متوجهة الى الفرد بقصد تحقيق صالح الجماعة ، ذلك الصالح المشترك الذى يربط بين أفرادها ويقوم عليه نظامها .

(١) Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. I, 3e éd., § 8, pp. 92-94

ومثل هذا المعيار نجده كذلك عند الفيلسوف « كانت » الى جنب المعيار الذى سبق بيانه وهو اقتصار الاخلاق على النيات الباطنة دون الاعمال الخارجية المحسوسة .

أنظر فى ذلك :

. Roubier, op. cit., No. 5, pp. 34, 35



فالأخلاق اذن انما تضع من القواعد ما يحدد قيمة سلوك الشخص بالنظر الى ذاته ، أى بالنظر الى عواقب هذا السلوك وآثاره بالنسبة الى الشخص ذاته من حيث الارتفاع بالنفس عنده الى ما ينبغى لها من سمو وكمال يحقق خيرها وأمنها الداخلى . أما القانون ، فلا يضع من القواعد الا ما يحدد قيمة سلوك الشخص بالنظر الى المجتمع ، أى بالنظر الى عواقب هذا السلوك وآثاره بالنسبة الى المجتمع نفسه من حيث تحقيق صالح هذا المجتمع وتفعله وأمنه . ومن هنا كان قيام الأخلاق على أساس تحقيق قيم شخصية كمالية ، وقيام القانون على أساس تحقيق قيم اجتماعية نفعية (١) .

وبذلك فالأخلاق انما تخضع الفرد لضميره فى تطلعه الدائم الى سمو والكمال ، بينما القانون يخضع الفرد للجماعة فى سعيها الحثيث الى تحقيق صالحها واقامة النظام والاستقرار فيها . ومن هنا كان ما يقال من أن القانون هو نظام اجتماعى ، والأخلاق هى نظام فردى أو شخصى (٢) .

(١) انظر فى هذا المعنى :

Roubier, op. cit., No. 5, p. 39. — R. Capitant, thèse précitée, pp. 172-185. — Le FUR, article précité, p. 25. — Réglade, op. cit., pp. 44-46. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 37, p. 57. — De La Gressaye et Laborde — Lacoste, op. cit., No. 76, p. 59. — Ripert et Boulanger, op. cit. No. 43.

وقرب من ذلك :

Bonnard, L'origine de l'ordonnancement juridique, article précité, pp. 72-74. — Del Vecchio, op. cit., pp. 276 et 277.

وقارن :

Duperoux, article précité pp. 67-71.

(٢) ولذلك يعبر بعض الفقهاء بحق عن ذلك بقولهم ان القانون انما يستهدف تحقيق العدل (Le juste ou la justice) ، بينما تستهدف الاخلاق تحقيق الخير Le bien ، أو الرحمة والاحسان (La charité) . فان سلوك الفرد بالنسبة الى المجتمع هو وحده الذى يمكن وصفه بأنه عادل أو غير عادل ، ولذلك كان العدل مرادفا للنظام الاجتماعى . أما سلوك الفرد بالنسبة الى نفسه فلا ينظر اليه الا على أنه خير أو شر ، ولذلك كان الخير مرادفا للنظام الفردى أو الشخصى .

انظر فى هذا المعنى :

[ Mazeaud, op. cit., No. 14, pp. 23, 24. — R. Capitant, thèse précitée, p. 174, note 1 et 2 ] .



والنظامان — وان كانا يختلطان في الظاهر — الا أنهما يفترقان في الواقع حتى في الصورة التي يجمعان فيها على قواعد واحدة • فكل من الأخلاق والقانون يحرم القتل مثلا ، ولكن لكل منهما هدفا متباينا من وراء هذا التحريم ، فالقانون انما ينظر الى عواقب القتل الاجتماعية ومالها من أثر وخيم في أمن المجتمع واستقراره ، بينما تنظر الأخلاق الى ما تنحدر اليه نفس القاتل من درث سحيق في الشر وانغماس في الرذيلة •

فالقانون حين يحرم القتل اذن انما يحرمه باعتباره حارس المجتمع من كل ما يخل بأمنه واستقراره ، بينما الأخلاق حين تحرمه انما تحرمه باعتبارها حارسة الفرد ضد ما تحدثه به النفس من شر وخطيئة «<sup>١</sup>» • فمحكمة الأخلاق اذن هي محكمة الضمير حيث تدور معركة الخير والشر في ذاته ، ومحكمة القانون هي محكمة المجتمع حيث يصطرع النفع والضرر الاجتماعي •

(٣) آثار اختلاف الغاية بين القانون والأخلاق : اذا كان القانون والأخلاق يختلفان هذا الاختلاف الجوهرى في الغاية ، فان هذا الاختلاف لابد مستتب افتراقا كبيرا بينهما في الآثار •

فاختلاف الغاية بين القانون والأخلاق ، يؤدي الى اختلافهما في النطاق ، اذ يمتد القانون — كما سبق البيان — الى ما لا يدخل بطبيعته في غاية الأخلاق حيث لا تعرض مشكلة ضمير ، وينفض القانون يده مما قد يدخل في غاية الأخلاق من تطلب الاستزادة من الخير والفضل النفسى • واختلاف الغاية بين القانون والأخلاق ، تستتبع كذلك اختلافهما في بعض ما تفرضان — لنفس الحالات — من قواعد للسلوك • ذلك أن القانون — وهو يهدف الى تحقيق العدل على أساس من اشاعة الاستقرار والأمن

(١) في هذا المعنى :

De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., No. 76. — R. Capitant, thèse précitée, p. 175.



والنظام في الجماعة — يضطر الى النزول في سبيل ذلك عن بعض القواعد والمثل الأخلاقية «١» ، كما يفعل حين يحمى الحياة حتى في مواجهة المالك الأصلي ، وحين يرخص للمدين في الامتناع عن الوفاء اذا تقادم الدين ، وحين يحمى المجرم من القصاص اذا تقادمت الجريمة أو العقوبة ، وحين يبيح الاقتراض بفائدة •

ويكون طبيعيا كذلك أن يختلف القانون والأخلاق في الجزاء ماداما يختلفان في الغاية • فينحصر جزاء الأخلاق في تأنيب ضمير المخالف لها أو في الخوف من استنكار ضمائر الآخرين لمخالفته ، وينحصر جزاء القانون في الاجبار الجماعي الذي تتكفل السلطة العامة في الجماعة باعلانه وانفاذه بما يتجمع لديها من قوى ووسائل قاهرة • فقواعد الأخلاق ، ما دام مقصودا بها السمو النفسي لدى الفرد أو الشخص ، يكون الجزاء على مخالفتها من نفس الطبيعة النفسية الشخصية شعورا بالحطة والضعف والتأنيب • أما قواعد القانون ، فلكون القصد منها اقامة نظام للحياة في الجماعة ، لا يتصور أن تبقى مخالفتها — وهي تعرض هذا النظام للخطر — دون جزاء جماعي مجبر يكفل احترامه وبقائه «٢» •

ويكون طبيعيا فضلا عن ذلك ، والغاية مختلفة بين القانون والأخلاق ، أن تقتصر الأخلاق — وهي قواعد فردية للكمال تنبعث من ضمير الشخص الى نفسه — على مجرد بيان الواجبات دون مجاوزة ذلك الى تقرير الحقوق : فهي اذا كانت مثلا تضع على القادرين واجب مساعدة المحتاجين ، لاتنشئ بذلك للمحتاجين حقا في العون قبل القادرين •

---

(١) في هذا المعنى :

Ripert, Les forces créatrices du droit, No. 69, pp. 172, 173. — Roubier op. cit., No. 5, pp. 40, 41.

(٢) في هذا المعنى :

Roubier, op. cit., No. 5, pp. 39, 40



بينما القانون يعمد — فوق بيانه الواجبات — الى تقرير الحقوق «<sup>١</sup>» .  
فهو ان كان يجعل العقد شريعة المتعاقدين ويوجب الوفاء بما يتضمن العقد  
من التزامات ، انما يقرر بذلك للدائن الحق في اقتضاء المدين هذا الوفاء .  
وهو ان كان يوجب عدم الاضرار بالغير عن خطأ ويقرر بذلك مسؤولية مرتكب  
الخطأ ، فانما يجعل في مقابل هذا الواجب حقا للمضرور في التعويض قبل  
من وقع منه الضرر .

(٤) مدى تأثير القانون بالأخلاق : اذا كان القانون يختلف اختلافا  
جوهريا عن الأخلاق في الغاية مما يجر وراءه اختلافات أخرى كثيرة بينهما ،  
فان ذلك لا يعنى أن القانون منقطع الصلة بتاتا بالأخلاق . فذلك نظر  
متطرف غير مقبول ، لا يقل عنه تطرفا النظر العكسى الى القانون باعتباره  
محكوما حكما تاما بالأخلاق .

فقد ذهب الفقيه الفرنسى الكبير « ريبير » ( Ripert ) ، في كتابه  
القيم عن « القاعدة الخلقية في الالتزامات المدنية » ، الى أنه ليس ثم فارق  
بين القانون والأخلاق ، لا من حيث الغاية ولا من حيث النطاق . فقواعد  
القانون كلها محكومة بالأخلاق ، وهو ما يعطيها سنداً متيناً من الشرعية  
والالزام في نفوس الأفراد ، يجعلها أكثر قبولا ومراعاة في التطبيق العملى .  
وليس يعنى هذا أن كل قواعد القانون الوضعى قد أصبحت موافقة  
لما تقضى به الأخلاق ، فان الأخلاق في صراع دائم مستمر مع كثير من  
العوامل الاجتماعية الأخرى على التسلل الى القانون لتوجيهه وحكمه .  
والغلبة النهائية لا بد مكتوبة للأخلاق ، طالما يفتقد القانون الأساس المثالى ،  
وطالما يوجد رجال يؤمنون ويكافحون في سبيل سيادة المثل الأخلاقية «<sup>٢</sup>» .  
وهذا يفسر كثرة القواعد الأخلاقية التى توصلت أخيرا الى الدخول في  
رحاب القانون ، مما يمكن معه القول بأن القانون آخذ اليوم في الاصطباغ

(١) في هذا المعنى :

Del Vecchio, op. cit., pp. 276-277. — Roubier, op. cit., No. 5, p. 42.

Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, notamment, (٢)

Nos. 14, 15, 208.



بصبغة أخلاقية ظاهرة لا يمكن انكارها أو التغاضي عن دلالتها<sup>(١)</sup> . والأمثال على ذلك كثيرة من واقع اتجاه القانون الحديث الى الأخذ بنظريات تستمد أصولها من الأخلاق ، كنظرية التعسف في استعمال الحق ، ونظرية الظروف الطارئة .

والواقع أن أثر الأخلاق اذا كان غير منكور على القانون ، فلا تجب المبالغة في التضخيم من شأنه ، اذ ما هو الا عامل واحد ضمن جملة عوامل أخرى يتأثر بها القانون في تكوينه . وأثر الأخلاق لا بد محدود في نطاق القانون ما دام كل منهما يستهدف غاية مباينة للآخر . فأمام اختلاف الغاية بينهما لا يتصور خضوع القانون خضوعا تاما للأخلاق .

واذا كان القانون الحديث يأخذ بقواعد ونظريات لها أصول من الأخلاق ، فإن ذلك لا يعنى اصطباغ القانون بصبغة أخلاقية ، فقد سبق أن أشرنا الى أن وحدة الحلول بين القانون والأخلاق لنفس الفروض لا يفيد وحدة الأساس الذى تقوم عليه ، فكل منهما ينظر من الزاوية التى توافق غايته . ولذلك فاذا كان القانون قد انتهى الى الأخذ بأمثال هذه النظريات ، فانه لم يقررهما لما تضع من مثل أخلاقية تحقق النمو والكمال النفسى للفرد ، اذ ليست هذه غاية القانون ، ولكنه قررهما لأن تقع المجتمع يبدو واضحا فى أن لا يترك الحق مثلا فى يد صاحبه سلاحا يستعمله فى الاضرار بالجماعة . ولأن صالح الجماعة ظاهر فى اقتضاء اعادة النظر فى شروط العقد ان جدت ظروف استثنائية عامة طارئة لم تكن متوقعة وقت ابرامه يكون من شأنها التعسير على المدين وارهاقه ارهاقا شديدا بما يهدده —

---

(١) يبدو أن «ريبير» قد غير هذه النظرة . فهو فى كتابة الاخير عن «القوى الخلاقة للقانون» يسجل ما شهدته السنوات الاخيرة من كثرة انحراف القانون عن قواعد الأخلاق ، ويحذر من هذه الظاهرة الخطيرة ، ويؤكد استمساكه بالأخلاق كأساس للقانون وكعاصم مما يتهدد المدنية من خطر انتشار هذه الظاهرة .

(١) نظر :

[ Ripert, Les forces créatrices du droit, 1955, notamment, Nos. 72 - 76, 180 ] .



ان ألزم بالوفاء دون مراعاة لما جده من ظروف — بخسارة جسيمة فادحة •  
وكل أولئك يفصح عن أن القانون لا يختلط بالأخلاق ، اذ يظل على غايته  
لا يستهدف تحقيق الكمال والخير في الفرد بقدر ما يستهدف تحقيق  
النظام والعدل في المجتمع •

غير أن استقلال القانون عن الأخلاق وعدم اختلاطه بها ، لا ينفي  
تأثره بها في بعض الأحيان ، حين لاتجد الجماعة مناصا — لتماسك نظامها —  
من استلزام قدر معين من الأصول الأخلاقية ، كما هو الشأن في فكرة  
« الآداب » «<sup>١</sup>» (Les bonnes mœurs) التي يحيطها القانون بحماية  
كبيرة ، فيفرض احترامها والتزام مضمونها على الأفراد •

## المبحث الرابع

القانون مجموعة قواعد ملزمة مكفولة باجبار مادي جماعي (٢)

### ١٧ — فكرة الجزاء او الاجبار القانوني

قلنا ان القانون يهدف الى اقامة نظام في المجتمع عن طريق وضع

---

(١) انظر في تفصيل هذه الفكرة ما سيرد في الفصل الثاني من هذا الباب .  
(٢) انظر في هذا الموضوع :

Du Pasquier, op. cit., Nos. 135-140, 262, 323. — Roubier, op. cit., No. 4, pp. 25-32. — Dabin, op. cit., Nos. 22-35. — Lévy - Ullmann, op. cit., p. 145 et s. — May, op. cit., pp. 44-52. — Darbellay, op. cit., Nos. 9-11. — Cornil, op. cit., pp. 8-9 et 20-39. — Del Vecchio, op. cit., pp. 295 - 301. — Réglade, op. cit., pp. 108-112. — R. Capitant, thèse précitée, p. 115 et s. — Haesaert, op. cit., pp. 93-102. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 34. — Mazeaud, op. cit., No. 11. — Ripert et Boulanger, op. cit., No. 8. — Vinogradoff, Common-sense in law, pp. 38-43.

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، أصول القانون أو المدخل  
لدراسة القانون ، فقرة ١١ — حسن بغدادى ، المرجع السابق ، ص ١٥ و ١٦  
— سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١١ فقرة ١٤ . — عبد الفتاح عبد  
الباقي ، نظرية القانون ، ص ١٠ — ١٣ . — محمد على امام ، المرجع السابق ،  
فقرة ٩ و ١٠ . — محمود جمال الدين زكى ، دروس في نظرية القاعدة  
القانونية ، فقرة ٤ .



قواعد سلوك تتوجه الى الأفراد • ولكن لما كانت مخالفة هذه القواعد أمرا متصورا — على خلاف الحال في القوانين والنواميس الطبيعية — لما للأفراد من ارادة حرة تمكنهم من سلوك طريق الطاعة أو طريق المخالفة ، تعين فرض جزاء مادي يرصد على كفالة احترام هذه القواعد ، حتى يستقيم نظام الجماعة ويستقر حكم العدل فيها • وليس يتأتى تحقيق ذلك عملا عن طريق اعطاء كل فرد الحق في تقويم مخالفة الآخرين لحكم القانون بنفسه ، فهذا أيسر الطرق الى سيادة الفوضى ، وشيوع الادعاء والتحكيم ، والقضاء على القانون من حيث يراد تأكيد سلطانه • من أجل ذلك تحتم الضرورة وجود سلطة عامة مختصة في الجماعة يعهد اليها بكفالة احترام القانون ، عن طريق احتكار حق توقيع الجزاء بما يجتمع لها من قوى مادية قاهرة يستعصى على الأفراد مقاومتها •

تلك هي فكرة الجزاء التي يعتبرها أكثر الفقهاء لازمة من لوازم القانون ، حتى ليتخذها بعضهم فيصلا للفرقة بين القواعد القانونية وبين غيرها من قواعد السلوك أو القواعد الاجتماعية الأخرى •

وينبغي أن يكون واضحا أن هذه الفكرة لا تعنى أن القانون لا يتصور احترامه الا على أساس وجود مثل هذا الجزاء • فالغالب أن احترام الأفراد للقانون انما يقوم على أساس الرغبة لا على أساس الرهبة ، إذ القانون انما يمثل فكرة العدل والنظام الواجب في المجتمع ، وهو ما يجعل طاعته في الأصل تلقائية «١» ، ولكن تعن الحاجة الى الجزاء ، رغم ذلك ، كضرورة واجبة لمواجهة احتمال مخالفة قواعد القانون «٢» • فيكون كالسلاح الذي لا يشهر أو يستعمل الا عند الاقتضاء حين يخرق القانون ،

(١) في هذا المعنى :

Roubier, op. cit., No. 4, p. 25. — DABIN, op. cit., No. 26.

عبد الرزاق السهورى وحشمت أبو ستيت، المرجع السابق، فقرة ١١ •

(٢) في هذا المعنى :

Del Vecchio, op. cit., p. 296. — Roubier, ibid.



اذ يتعين حينئذ تأكيد سلطانه بقهر الارادات العاصية وفرض طاعته جبرا لتخلفها اختيارا .

فالذى تعنيه فكرة الجزاء اذن ، هو امكان حمل الأفراد جبرا على طاعة القواعد القانونية ان لم يطيعوها اختيارا ، وهو ما يعطى للجزاء صفة رادعة. تؤكد سلطان القانون .

غير أن التعبير بلفظ الجزاء (La sanction) قد يكون قاصرا عن بيان حقيقة الجزاء القانوني وتفرقته عن الجزاء الديني والجزاء الأخلاقي ، اذ تستوى القواعد القانونية والدينية والأخلاقية في وجود جزاء يرصد على كفالة احترامها ، وان كان مختلفا في كل منها عن الأخرى من حيث الطبيعة والمدى . من أجل ذلك يحسن التعبير عن الجزاء القانوني بلفظ الاجبار (La contrainte) «١» ، فهو يفصح عن صفته الحالة المادية المنظمة الى تثبت له نتيجة قيام سلطة عامة في الجماعة بقهر الارادات العاصية عن طريق القوة المادية «٢» ، ويتيح بذلك فصله عن الجزاء الديني الذي توقعه القدرة الالهية في الآخرة ، وعن الجزاء الأخلاقي الذي ينحصر في تأنيب الضمير أو استنكار الناس .

فالاجبار الذي يصحب القواعد القانونية يتميز اذن بأنه مادي محسوس أى بأنه خارجي ظاهر ، وبأنه دنيوى يوقع في الحياة الدنيا لا في الآخرة . ويتميز كذلك بأنه اجبار منظم تتولى سلطة عامة مختصة توقيعه باسم الجماعة ، وهى عادة السلطة التنفيذية فى الدولة ، وذلك بعد

---

(١) انظر : Dabin, op. cit., No. 27

(٢) لا يجب أن يستخلص من ذلك أن القانون نظام يقوم على القوة . فهو يظل قائما على العدل ، وما اعتماده على القوة الا لتسخيرها فى خدمة العدل وكفالاته . وما اصدق « باسكال » فى بصره بهذه الحقيقة فى قوله الماثورة :

« La justice sans la force est impuissante; la force sans la justice est tyrannique. La justice sans force est contredite, parce qu'il y a toujours des méchants; la force sans la justice est accusée. Il faut donc mettre ensemble la justice et la force; et pour cela faire que ce qui est juste soit fort, ou que ce qui est fort soit juste ». [ Pascal, Pensées et opuscules, Hachette, Pensées, section V, No. 298, p. 470. ]



التثبت من وقوع المخالفة بواسطة سلطة أخرى مختصة هي السلطة القضائية .  
ومن ثم فالاجبار الذى يكفل احترام القواعد القانونية انما تختص به  
السلطات العامة فى الجماعة وتحتكر توقيعه باسم هذه الجماعة دون أن  
يستقل بتوقيعه الأفراد أنفسهم ، ولذلك عرف هذا الاجبار باسم الاجبار  
العام أو الجماعى (La contrainte publique ou sociale) . ذلك أنه قد اندثر  
منذ قديم عهد الاقتصاص الفردى حيث كان يأخذ الفرد العدل لنفسه بنفسه  
فيحتكر حق ممارسة الاجبار وتوقيعه لحسابه الخاص «<sup>١</sup>» .

ورغم استقلال السلطات العامة بقوة الجزاء والاجبار ، فانها — حيث  
تتم الحاجة — تنزل عن حق الاجبار الجماعى مبيحة الاجبار الخاص عن  
طريق الاقتصاص الفردى ، وان يكن ذلك فى حدود ضيقة مرسومة ،  
كما هو الشأن فى حال الدفاع الشرعى «<sup>٢</sup>» ، حيث يباح الدفاع عن النفس  
أو المال بالقوة دفعا لعدوان غير مشروع يقع عليهما . وكذلك فى حق  
الحبس «<sup>٣</sup>» ، حيث يباح لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به  
ما دام الدائن لا يعرض الوفاء بالتزام واقع عليه بسبب التزام المدين ومرتبطة  
به (م ٢٤٦/١ من التقنين المدنى) . فلبائع مثلا أن يحبس المبيع حتى يقوم  
المشتري بوفاء ما هو مستحق عليه من الثمن . وللمستعير أن يحبس العارية  
حتى يقوم المعير بإيفائه ما اضطر الى انفاقة للمحافظة عليها «<sup>٤</sup>» .

(١) انظر فى تطور فكرة الجزاء أو الاجبار الجماعى :

Roubier, op. cit., No. 4, p. 27. — Cornil, op. cit., pp. 20-25.

(٢) انظر فى هذا المعنى :

Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, No. 16 p. 62. —  
Roubier, op. cit. pp. 27, 28.

(٣) فى هذا المعنى :

Dabin, ibid.

(٤) انظر مع ذلك فى انكار صفة الجزاء أو الاجبار على الحق فى الدفاع  
الشرعى والحق فى الحبس :

Du Pasquier, op. cit., No. 140. — Dabin, Théorie générale du droit, No.  
34, p. 47.

محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، ص ١٦ .



## ١٨ - الاجبار عنصر جوهري لقيام القانون

اختلف الفقهاء في شأن اعتبار الجزاء أو الاجبار عنصرا لازما لوجود القاعدة القانونية . فبعضهم لا يرونه لازما لقيامها ، اذ القانون عندهم هو مجموع القواعد التي تتجذّر نحو الاقتران بجزاء «<sup>١</sup>» ، دون أن يشترط اقترانها فعلا وحتما بهذا الجزاء . فالجزاء في هذا النظر اذن ليس عنصرا مكونا للقانون ولكنه عنصر خارجي متعلق بمدى نفاذه ، فكون القانون لا يجد اجبارا ماديا يكفل احترام قواعده لا ينفي وجوده وان كان يقلل من مدى مفعوله ونفاذه في العمل .

غير أن من العسير التفرقة بين وجود القانون وبين نفاذه ، فوجود القانون يقتضي حتما نفاذه طالما هو يضع نظاما للمجتمع ، ذلك أن تعليق النفاذ برغبة المكلفين يتبعون القانون أو يخالفونه يؤدي الى اختلال نظام المجتمع ، وهو ما يفقد القانون وظيفته وغايته .

والواقع أن انصراف بعض الفقهاء عن اشتراط الجزاء أو الاجبار لوجود القانون، إنما هي خشية تراودهم من أن يحمل هذا الاشتراط معنى اخضاع القانون لسلطان الدولة وعقده بمشيئتها، اذ هي التي تقوم على الاجبار بما تحتبس بين يديها من قوى مادية قاهرة «<sup>٢</sup>» . ولكنها خشية

---

(١) انظر في هذا المعنى :

Gény, Science et technique en droit privé positif, t. I, No. 16, pp. 47-48 et 51; t. IV, p. 252. — Josserand, Cours de droit civil positif français, t. I, No. 3. — Du Pasquier, op. cit. No. 262. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 34, p. 55. — Réglade, op. cit., pp. 107-109. — Le FUR, Les grands problèmes du Droit, p. 116.

وقرب من ذلك القول بأنه يكفي لقيام القانون مجرد شعور جمهور الأفراد بأن ثمة جزاء يمكن تنظيمه اجتماعيا ، حتى ولو لم ينظم بعد فعلا أو كان في دور التنظيم . (Duguit, op. cit., t. I, No. 8, p. 94) ؛ أو القول (R. Capitant, thèse précitée, pp. 116-118) بأن العبرة في قيام القانون ، ليست بوجود جزاء أو اجبار على مخالفة قواعده ، وإنما بما تلقاه هذه القواعد من الأفراد من طاعة بصفة عامة .

(٢) في هذا المعنى :

Roubier, op. cit., No. 4, p. 26.



لاتجد ما يبررها، فالدولة — كما يقال — هي «دولة القانون» *Etat de droit* «<sup>(١)</sup>» أى تخضع للقانون إخضاعها الأفراد له ، فهي خادمة القانون تعمل على تأكيد سيادته وكفالة احترام قواعده .

وأيا ما كان الأمر ، فإن القائلين بإمكان تصور وجود القانون دون جزاء أو اجبار جماعى يكفله ، يدللون على صواب نظرهم بتخلف الجزاء أو الاجبار فى بعض فروع القانون العام خاصة كالقانون الدولى العام والقانون الدستورى «<sup>(٢)</sup>» .

ولسنا نعرض الآن بالتفصيل لتحصيل هذا التدليل ، فذلك موضعه عند الكلام فى فروع القانون .

وانما يعنينا فى هذا المقام الاكتفاء بالإشارة الى أن القانون الدولى العام ما زال فى المراحل الأولى لتكوينه وتطوره ، فهو ما يزال يمر اليوم بمرحلة الاقتصاد الفردى التى تعدها القانون الداخلى منذ قرون أى منذ انتهى الأمر الى تركيز السيادة فى المجتمع فى يد سلطة عامة مختصة تملك حق الاجبار الجماعى كفالة لاحترام القواعد القانونية . فالقانون الدولى العام اذن لم يبلغ بعد نهاية تطوره ، أى ما زال يفتقد الصفة القانونية الكاملة «<sup>(٣)</sup>»، ولذلك فلا مجال للاستدلال به على امكان قيام القواعد القانونية دون جزاء أو اجبار .

أما القانون الدستورى ، فمن العسير انكار توافر الجزاء أو الاجبار لقواعدة ؛ كل ما هنالك أن الجزاء يتخذ فيه صوراً مختلفة عن الجزاء العادى المعروف فى بقية فروع القانون ، وهو أمر تحتمه وتقتضيه طبيعة

---

(١) Del Vecchio, op. cit., p. 376.

حسن بغدادى ، المرجع السابق ، ص ٦١ .

(٢) فى هذا المعنى :

Haesaert, op. cit., p. 100. — R. Capitant, thèse précitée, pp. 116, 117. —

Marty et Raynaud, op. cit., No. 34, pp. 54, 55. — May, op. cit. p. 49.

(٣) فى هذا المعنى :

Del Vecchio, op. cit., pp. 300, 301. — Dabin, Théorie générale du droit, Nos. 38, 39.



القانون الدستوري نفسه ، اذ هو يقيم عادة سلطات متعددة مستقلة عن بعضها البعض ، فلا يتصور — والمخالفة قد تقع من احداها — الا انشاء نوع من الرقابة المتبادلة بين هذه السلطات جميعا تكفل احترام قواعد القانون الدستوري «<sup>١</sup>» . والشعب من وراء ذلك محيط ، ومن فوق هذه السلطات جميعا رقيب ، يملك بوسائله السلمية أو الثورية فرض احترام الدستور وتأكيد سيادة قواعده «<sup>٢</sup>» .

كل ذلك يفصح عن أن التشكيك في ضرورة توافر الجزاء أو الاجبار لوجود القانون ، تشكيك لا يجد ما يبرره «<sup>٣</sup>» . ومن هنا ينبغي الاقرار

(١) في هذا المعنى :

Roubier, op. cit., No. 4, p. 32.

(٢) في هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ٢١ ، ص ٣٢ ، وفقرة ١٧٨ . — عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ١٨ ، ص ٣١ و ٣٢ . — سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٣٧ .

(٣) انظر مثالا على ذلك ما أثاره من تشكيك غير مبرر نص المادة السابعة من قانون تحقيق الجنايات المصري القديم ، الذي كان يقضى بأن كل من عاين وقوع جريمة تخل بالأمن العام أو يترتب عليها تلف حياة انسان أو ضرر للملكه ، يجب أن يخبر النيابة العمومية أو أحد مأموري الضبطية القضائية وأن تضبط الجاني ويسلمه الى الجهة المختصة . فقد استخلص البعض ، من عدم ارداف الواجب الوارد في هذا النص بجزاء معين ، دليلا على امكان تخلف الجزاء أو الاجبار في بعض القواعد القانونية .

ولم يكن مثل هذا التخريج سليما ، فقد بنى على أساس عيب واضح في صياغة النص أوحى بأنه انما يفرض واجبا بالتبليغ والضبط على من شاهد الجريمة ، بينما كان يقصد الى اعطائه حقا في ذلك ، وهو ما لا ينتفى معه وجود الجزاء . اذ على هذا الأساس يصبح فعل الضبط مشروعا في هذه الحالة رغم عدم صدور أمر به من رجال السلطة العامة ، وهو ما يستتبع الزام الجاني بالاستسلام له وعدم مقاومته ، والا اعتبر معتديا تلحقه عقوبة الاعتداء فضلا عن عقوبة ما ارتكب أصلا من جريمة . ( انظر في هذا المعنى : سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١٢ ، ص ١٤ . — عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ص ١١ ، هامش «١» ) .

وعلى أساس هذا الفهم ، صرح قانون الاجراءات الجنائية الجديد صياغة النص القديم بما يرفع كل شك في اعتبار الضبط حقا لا واجبا ، بنصه في المادة ٣٧ على أن « لكل من شاهد الجاني متلبسا بجريمة أو جنحة يجوز فيها قانونا الحبس الاحتياطي أن يسلمه الى أقرب رجال السلطة العامة دون »



بما يذهب اليه جمهور الفقهاء «١» من أن القواعد القانونية قواعد ملزمة أى قواعد يقوم الاجبار الجماعى على كفالة احترامها .

### ١٩ - صور الجزاء او الاجبار

لا يتخذ الجزاء أو الاجبار - الذى تنفرد بتوقيعه سلطة عامة مختصة فى الجماعة - صورة واحدة ، بل تختلف صورته باختلاف المكان ، وتتفاوت بتفاوت الزمان ، وتتعدد تبعاً لتنوع فروع القانون واختلاف طبيعة قواعده . ورغم اختلاف صور الجزاء أو الاجبار ، فيجمعها كلها معنى واحد هو تمام القدرة على اعطاء القانون صفة فعالة تؤكد سيادته وتكفل احترام قواعده . ولعل أول صورة تخطر للجزاء فى الذهن هى صورة الجزاء الجنائى ، أى الاجبار الذى يتخذ شكل العقوبة . والعقوبة أنواع كثيرة : ففقد تقع على جسم المخالف لأحكام القانون كالإعدام . وقد تقع على حريته بسلبها أو تقييدها كالأشغال الشاقة مؤبدة كانت أو مؤقتة ، والسجن والحبس والوضع تحت مراقبة البوليس . وقد تقع العقوبة على مال المخالف فتتخذ حينئذ شكل الغرامة أو المصادرة .

غير أن الجزاء أو الاجبار ليس كله جنائياً ، فهناك الجزاء المدنى وصورة كثير متعددة : فقد يتخذ هذا الجزاء صورة البطلان ، وهو ما يكون فى حال ابرام تصرفات قانونية على خلاف القانون ، فلا يعترف القانون بهذه التصرفات ولا يرتب عليها بالتبعية أى أثر قانونى . ومن أمثلة ذلك ما يشترطه القانون المدنى المصرى من أن تكون الهبة فى العقار

= احتياج الى امر بضبطه « . ( انظر سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص ١٤ ، هامش «١» .

(١) Del Vecchio, op. cit., p. 301. — Roubier, op. cit., No. 4. — Dabin, op. cit., No. 32. — Ripert et Boulanger, op. cit., No. 8. — Mazeaud, op. cit., No. 11. — Lévy Ullmann, op. cit., p. 145. — Beudant, Le droit individuel et l'Etat, 3e éd., 1920, No. 11.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ١١ . - سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١٢ . - عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص ١١ . - محمد على امام ، المرجع السابق ، فقرة ٩ .



بورقة رسمية والا وقعت باطلة ( م ٤٤٨ ) ؛ فاذا تمت الهبة بورقة عرفية فهي باطلة لا تترتب عليها آثار الهبة . وكذلك ما ينص عليه القانون المدني من أن العقد يكون باطلا اذا كان محل الالتزام أو سببه مخالفا للنظام العام والآداب ( م ١٣٥ و ١٣٦ ) : فيقع باطلا كل اتفاق على ارتكاب جريمة لقاء أجر معين ، وكل اتفاق على استئجار منزل بقصد ادارته أو استغلاله في الدعارة .

وقد يتخذ الجزاء المدني صورة محو أثر المخالفة أى ازالة كل أثر ترتب على مخالفة القانون ان كانت الازالة تدخل في حيز الامكان ، مما يستتبع اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل وقوع هذه المخالفة ، كسد المجلات المفتوحة على مسافة تقل عن متر — وهى المسافة القانونية المسموح بها — أو هدم الأبنية المقامة خارج خط التنظيم .

فان تعذر محو أثر المخالفة ، برزت صورة أخرى للجزاء بديلة عن هذه الصورة هى صورة الجزاء التعويضى ، فيقع الاجبار على مال المخالف بأن يؤخذ منه قدر يعوض من لحقه الضرر عن اضطراره لتحمل آثاره نظرا لاستحالة محوه . فمن دهم شخصا بسيارته مثلا فبتر له ساقه ، لا يستطيع أن يعيد له الساق المبتورة ، ولكنه يلزم بأن يدفع اليه تعويضا نقديا يعوضه عن بقاءة دون ساق .

وقد يجتمع الجزاء الجنائى والمدنى فى نفس الصورة . فمن قتل شخصا عمدا مع سبق الاصرار على ذلك أو الترصد يعاقب بالاعدام ، وقد يلزم فوق ذلك بأن يدفع الى ورثة القتيل مبلغا من المال على سبيل التعويض . ومن اختلس مالا مملوكا لغيره فهو سارق يعاقب بالحبس مع الشغل ، ويلزم فوق ذلك برد الشئ المسروق أو التعويض عنه ان تعذر الرد . ومن قذف فى حق آخر ينال العقاب الجنائى ، وقد يلزم بتعويض المقذوف فى حقه تعويضا ماليا .



## الفصل الثانى

### مذى سلطان إرادة الافراد

### إزاء القانون \*

٢٠ - تنوع قواعد القانون الى قواعد أمرة وقواعد مفسرة او مكملة ، يستتبع تفاوت سلطان ارادة الافراد ازاء القانون بين الانعدام والاطلاق .

اذا كان القانون يحكم سلوك الأفراد حكما ملزما يكفله اجبار ماذى جماعى ، فقد يظن أنه لا مجال لسلطان الارادة ازاء القانون ، وأنه لا يتصور وجود اتفاقات مشروعة على خلاف ما يقرر القانون . ولكن الأمر ليس على هذا النحو المطلق ، ذلك أن قواعد القانون ليست نوعا واحدا ، بل

#### \* المراجع :

Beudant et Béquignon - Lagarde, op. cit., Nos. 200-211. — H. Capitant, op. cit., Nos. 24-35. — R. Capitant, op. cit., pp. 69-74. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., Nos. 237-239. — Del Vecchio, op. cit., pp. 289-291. — Du Pasquier, op. cit., No. 117. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 97-99. — Mazeaud, op. cit., Nos. 67, 68, 265. — Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. VI, obligations, par Esmein, 2e éd.; Nos. 226-248. — Ripert et Boulanger op. cit., Nos. 575-582.

عبد الرزاق احمد السنبهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، فقرة ٢٢٨ — فقرة ٢٤١ . — احمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، فقرة ٢١٢ — فقرة ٢١٦ . — أنور سلطان ، النظرية العامة فى الالتزام ، الجزء الأول ، فى مصادر الالتزام ، فقرة ١٧٩ — فقرة ١٩٣ . — عبد الرزاق السنبهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، هامش رقم «١» ، ص ١٦٤ وما بعدها . — عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ٦٨ — فقرة ٨٢ . — محمد على امام ، المرجع السابق ، فقرة ٤٠ — فقرة ٤٨ . — سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٥٠ — فقرة ٥٩ . محمد على عرفة ، المرجع السابق ، ص ٩٢ — ١٠٥ . — محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، فقرة ٧٩ — ٨٥ .



هى تتنوع نوعين كبيرين ، تجد الارادة سلطانا بالنسبة الى أحدهما دون الآخر . فقواعد القانون ، اما قواعد آمرة (Règles impératives) ، واما قواعد مفسرة أو مكملة (Règles interprétatives ou supplétives) .

أما القواعد القانونية الآمرة ، فيقصد بها تلك القواعد القانونية التى لا يجوز للأفراد مخالفتها أو الاتفاق على عكسها . أما القواعد القانونية المفسرة أو المكملة ، فهى تلك القواعد التى تلزم الأفراد فى حال عدم انصراف ارادتهم الى مخالفتها .

فكأن مدى سلطان ارادة الأفراد متفاوت بتفاوت نوع القواعد القانونية . فسلطان ارادة الأفراد منعدم ازاء القواعد القانونية الآمرة ، بمعنى أن الزام هذه القواعد لهم انما هو الزام بات مطلق ، لا يملكون أمامه الخروج على أحكامها بارادتهم أو باتفاقات يعقدونها فيما بينهم . أما القواعد القانونية المفسرة أو المكملة ، فسلطان ارادة الأفراد ازاءها كامل موفور ، بمعنى أن للأفراد فى الأصل حق الخروج عليها بارادتهم أو باتفاقات يعقدونها فيما بينهم ، والا صارت ملزمة لهم الزام القواعد القانونية الآمرة .

وقد دعا الى هذا التنوع فى القواعد القانونية ، وتقييد ارادة الأفراد تقييدا كاملا فى ناحية واطلاق سلطان هذه الارادة اطلاقا كاملا فى ناحية أخرى ، أن النشاط الفردى والعلاقات الاجتماعية ليست على درجة واحدة من الأهمية والخطر . فمنها ما هو وثيق الصلة بالمجتمع ، عظيم الأثر فى حياته ، بحيث ينبغى استقلال القانون نفسه بتنظيمه ووضع قواعده ، وحماية هذا التنظيم وتلك القواعد من كل عدوان عن طريق منع الأفراد منعا باتا من مخالفتها ، وهنا تظهر القواعد القانونية الآمرة . ومنها ما لا يمس تنظيمه على وضع دون آخر كيان المجتمع ولا مقوماته الأساسية ، فيباح للأفراد الاستقلال بتنظيمه وفق مشيئتهم وحسب ما تمليه عليهم مصالحهم الخاصة ، وان يكن القانون فى مثل هذه الحال لا ينفذ يده



نفضا تاما من وضع تنظيم نموذجي يلزم من لا يظهر ارادته من الأفراد في مخالفته ؛ وهنا تظهر القواعد القانونية المفسرة أو المكملة « ١ » .

فالقاعدة القانونية التي تحرم القتل أو السرقة مثلا ، قاعدة آمرة بمعنى أن لا يجوز لأحد مخالفتها أو الاتفاق على عكسها بحال من الأحوال . والقاعدة القانونية التي تحدد المحرمات من النساء ، قاعدة آمرة بمعنى أنه يتمتع على الأفراد مخالفتها بالزواج من إحدى هؤلاء المحرمات . والقاعدة القانونية التي تقرر للذكر مثل حظ الأنثيين في الارث قاعدة آمرة ، بمعنى أنه يتمتع على الورثة مخالفتها بالاتفاق فيما بينهم على التسوية بين الذكور منهم والإناث .

أما القاعدة القانونية التي تقضى مثلا بأن يكون الثمن مستحق الوفاء في مكان تسليم المبيع ( م ٤٥٦ و ٤٥٧ مدني ) ، فهي مجرد قاعدة مفسرة أو مكملة لا تطبق الا اذا لم يتفق المتعاقدان على مكان ووقت آخر للموفاء بالثمن .

---

(١) يذهب بعض الفقهاء الى أن هذا النوع من القواعد يسمى « القواعد المفسرة » على أساس أنه يفسر اتجاه ارادة الأفراد الى الخضوع لاحكام هذه القواعد بسكوتهم عن مخالفتها ( انظر : عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، ص ١٦٨ ( الهامش ) - سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٥١ . - محمد علي امام ، المرجع السابق ، فقرة ٤١ . - عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ٧٠ ، ص ٩٥ ) .  
ولكن هذا الرأي محل انتقاد ( انظر : Marty et Raynaud, op. cit., No. 98 .  
- محمد علي عرفة ، المرجع السابق ، ص ٩٤ . - محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، فقرة ٨٢ ) . ذلك أنه ينوط الزام القانون بارادة الأفراد ، بينما الزامه في الواقع الزام ذاتي . هذا فضلا عن أن هذه القواعد تطبق حتى على الأفراد الذين لا يخالفونها لجهلهم اياها ، وليس من المعقول أن يكون تطبيقها حينئذ تفسيرا لارادتهم في ذلك .

ولذلك يبدو اطلاق اسم « القواعد المكملة » على هذه القواعد أكثر دقة ، إذ هي تفترض عادة وجود نقص ارادي تتصدى لاكماله ( انظر في هذا المعنى : Marty et Raynaud, ibid. ) . ولكننا على أي حال ، سوف نجرى على اطلاق هذه التسمية أو تلك ، تغليبا للشائع في كتابات الفقهاء .



والقاعدة القانونية التي تقضى بأن نصيب كل من الشركاء في الأرباح والخسائر يكون بنسبة حصته في رأس المال ( م ٥١٤ مدنى ) قاعدة مفسرة أو مكملة كذلك ، اذ للشركاء أن يتفقوا على نسبة أخرى لتوزيع الأرباح والخسائر بينهم ، فان لم يتفقوا فالنسبة التي قررتها القاعدة القانونية تلزمهم •

والقاعدة القانونية التي تضع على عاتق المؤجر اجراء الترميمات الضرورية في العين المؤجرة أثناء الاجارة ( م ٥٦٧ مدنى ) ليست كذلك الا قاعدة مفسرة أو مكملة ، فيجوز الاتفاق على تحميل المستأجر القيام بهذه الترميمات • ولكن دون حصول مثل هذا الاتفاق ، يلزم المؤجر — طبقا للقاعدة القانونية المذكورة — بهذه الترميمات •

## ٢١ - توافر صفة الالتزام للقواعد المفسرة او المكملة

اذا كان لارادة الأفراد كامل السلطان في مخالفة القواعد القانونية المفسرة أو المكملة وحدها دون القواعد الآمرة ، فهل معنى ذلك أن القواعد الآمرة هي وحدها الملزمة ، وأن القواعد المفسرة أو المكملة ليست بقواعد ملزمة ؟

الواقع أن كلا النوعين من القواعد القانونية تتوافر له صفة الالتزام • ولئن كانت هذه الصفة أوضح ما تكون في القواعد القانونية الآمرة حيث تستعصى مخالفتها على ارادة الأفراد ، فهي كذلك لا تتخلف في حال القواعد القانونية المفسرة أو المكملة •

فهذه القواعد ملزمة قانونا اذا لم يوجد اتفاق على عكسها من جانب الأفراد ، أى أن الالتزام فيها موجود وان يكن لا يتوجه الا الى طائفة معينة من الأشخاص هم الذين لا تنصرف ارادتهم الى مخالفة أحكامها ، والى طائفة معينة من العلاقات والروابط هي تلك التي لم تخضعها ارادة الأفراد لتنظيم مخالف «<sup>١</sup>» •

(١) في هذا المعنى :

R. Capitant, thèse précitée, p. 74.



فتطبيق القاعدة القانونية المفسرة أو المكملة ، معقود اذن بشرط عدم وجود اتفاق مخالف لأحكامها . فاذا تخلف هذا الشرط بأن اتفق المتعاقدان على خلافها ، امتنع تطبيقها . ومن هنا ، فامتناع تطبيقها ليس معناه أنها قاعدة غير ملزمة ، وانما معناه أن هذه القاعدة الملزمة — أمام ما يوجد من اتفاق مخالف — تفتقد شرطا من شروط تطبيقها وهو ما لا يطعن في وجودها أو إلزامها «١» .

وليس يستند الإلزام — كما يرى بعض الفقهاء — الى ارادة المتعاقدين الضمنية ، بانصرافها عن مخالفة القواعد المفسرة أو المكملة ، فقد يجهلان وجود هذه القواعد ، ولا ينتفى رغم ذلك إلزامها لهم في حال عدم الاتفاق على عكسها ؛ وانما يقوم إلزامها على أساس قوتها الذاتية كقاعدة قانونية تخضع لحكمها الملزم الروابط التي لا يحكمها اتفاق مخالف وتتوجه بالخطاب الملزم كذلك الى من لا يخالفها من الأفراد .

ولذلك فليس بصحيح ما يذهب اليه بعض الفقهاء من اعتبار القواعد المفسرة أو المكملة مجرد قواعد ملزمة انتهاء لا ابتداء ، بمعنى انها تكون غير ملزمة قبل حصول اتفاق بين المتعاقدين ، ثم تتحول الى قاعدة ملزمة في حال حصول اتفاق لا يتضمن ما يخالف أحكامها «٢» .

فمثل هذا القول انما ينزع في الحقيقة عن تلك القواعد الصفة القانونية الملزمة في المرحلة التي تسبق الاتفاق ، وهو ما لا يمكن التسليم به ، اذ من غير المعقول أن تكون نفس القاعدة غير ملزمة في وقت

---

(١) في هذا المعنى :

Del Vecchio, op. cit., p. 291.

عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ٦٩ ، ص ٩٣ . — محمد على امام ، فقرة ٤٢ ، ص ١٠٥ . — سليمان مرقس ، فقرة ٥٢ ، ص ٦٨ و ٦٩ .

(٢) في هذا المعنى :

Niboyet, Traité de droit international privé, t. V. p. 8, note (1)

وانظر في انتقاده :

سليمان مرقس ، المرجع السابق ، الموضع السابق . — عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص ٩٣ . — محمود جمال لدين زكي ، المرجع السابق ، فقرة ٨٢ ، ص ١٧٥ ر ١٧٦ .



معين ثم تصير ملزمة بعد ذلك وهي بحالها لم تتغير ؛ فهذه القواعد تتوافر لها الصفة الملزمة — ككل القواعد القانونية — منذ وجودها ، كل ما في الأمر أن من شروط تطبيقها عدم اتفاق المتعاقدين على مخالفة أحكامها . فالقواعد المفسرة أو المكملة يتوافر لها اذن نفس الالتزام الذي يتوافر للقواعد الآمرة ؛ ولكن انطباقها معقود بشرط معين هو عدم انصراف ارادة المتعاقدين الى مخالفتها ؛ ولذلك قلنا انها تتوجه بخطاب ملزم الى طائفة من المتعاقدين هم الذين لم تنعقد ارادتهم على مخالفة أحكامها ، فتحكم بذلك حكما ملزما ما أغفلوا في اتفاقاتهم تفصيله أو غفلوا عن تنظيمه .

## ٢٢ — معيار التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المفسرة أو المكملة

يجب التعرف على كيفية التفرقة بين القواعد القانونية الآمرة وبين القواعد القانونية المفسرة أو المكملة ، اذ على أساس هذه التفرقة يتحدد مدى سلطان ارادة الأفراد انعداما أو اطلاقا كما سبق البيان . ويراعى أن الأمر في هذه التفرقة يكون واضحا حينما تتضمن القاعدة القانونية نفسها تصريحاً بصفتها الآمرة بالنص مثلاً على بطلان كل اتفاق مخالف لها أو بفرض عقوبة على مخالفتها ؛ أو حينما تتضمن تصريحاً بصفتها المفسرة أو المكملة بالنص على اجازة الاتفاق على عكسها . فمن أمثلة التصريح بصفة القاعدة الآمرة ، ما تنص عليه المادة ١٣١ من التقنين المدني من « .. أن التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه .. » وما تقضى به المادة ١٤٧/٢ الخاصة باعطاء القاضى — فى حال الظروف الطارئة — سلطة رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ، من أنه « .. يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » ؛ وما تقضى به المادة ٢٢٧/١ من أنه « يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر .. للفوائد .. على ألا يزيد هذا السعر على سبعة فى المائة ، فاذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها الى سبعة فى المائة وتعين رد ما دفع زائدا على هذا القدر » . وكذلك فكل قواعد قانون العقوبات صريحة النص على صفتها الآمرة بما تتضمنه من فرض عقوبات على ما تقرره من جرائم .



ومن أمثلة التصريح بصفة القاعدة المفسرة أو المكملة ما تنص عليه المادة ٣٤٨ من التقنين المدني من أن «تكون نفقات الوفاء على المدين ، الا اذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك» . وما تنص عليه المادة ٤٠٠/١ من أنه « في غير المواد التجارية ، اذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على عشرة جنيهاً ، أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز البينة في اثبات وجوده أو انقضائه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » . وما تنص عليه المادة ٤٥٦ من أن « يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » . وما تنص عليه المادة ٤٦٢ من أن « نفقات عقد البيع ورسوم « الدمغة » والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » . وما تنص عليه المادة ٥٩٣ من أن للمستأجر حق التنازل عن الايجار أو الايجار من الباطن وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه ، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك » .

غير أن كثيراً من القواعد القانونية لا يحمل بنفسه بيان صفته الآمرة أو المكملة ، وهنا تتحدد التفرقة بين النوعين من القواعد بالرجوع الى معيار معين هو معيار النظام العام (L'ordre public) والآداب (Les bonnes moeurs) . وهو معيار مسلم في الفقه ، ويأخذ به المشرع المصري صراحة اذ تنص المادتان ١٣٥ و ١٣٦ من التقنين المدني على بطلان العقد اذا كان محله أو سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب .

وعلى ذلك فكل القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام أو الآداب ، تعتبر قواعد آمرة لا قبل للأفراد بمخالفتها «١» أي أن سلطان الارادة منعدم

---

(١) ليست كل المسائل التي تتعلق بالنظام والآداب تتضمنها حتماً نصوص قانونية ، ولذلك فقد تتحقق المخالفة للنظام العام دون أن يحصل خرق لنص قانوني معين .  
انظر في هذا المعنى :

Planiol, Ripert et Esmein, op. cit., No. 225. — Malaurie, op. cit., p. 104 et s. — De La Morandière, article précité, pp. 386, 387.



ازاءها • وكل القواعد القانونية التي لا تتصل بالنظام العام أو الآداب تعتبر قواعد مفسرة أو مكملة ، لارادة الأفراد مطلق السلطان في مخالفتها والخروج عليها •

### ٢٣ - مرونة فكرة النظام العام والآداب ونسبيتها

يراعى أن فكرتى « النظام العام » و « الآداب » - كفيصل للتفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المفسرة أو المكملة - ليسا الا مجرد فكرتين معياريتين تستعصيان على التحديد الجامد الثابت ؛ فهما مثالان من أمثلة الصياغة القانونية المرنة التي تصل القانون بأسباب التطور ، وتيسر له الاستجابة لما يستجد من حاجات المجتمع • ومن هنا كانت هاتان الفكرتان فكرتين نسبيتين يختلف مضمونهما باختلاف المكان والزمان على السواء • فما لا يعتبر من القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام والآداب في جماعة ، قد يعتبر من هذه القواعد في جماعة أخرى أو في نفس الجماعة اذا تقدم بها الزمن وأسرع بها التطور •

ومهما يكن من أمر ، فالثابت أنه حيث يسود المذهب الفردى وتطلق الحرية للأفراد ، يعظم سلطان ارادتهم في تنظيم علاقاتهم وفق ما يشاءون ، وتنكمش فكرة النظام العام في أضيق نطاق ، فتتصرف القواعد الآمرة في قلة ضئيلة ترد على سلطان الارادة ، وتكثر القواعد المفسرة أو المكملة لهذه الارادة • أما حيث يسود المذهب الاجتماعى - كما هو المشاهد في العصر الحديث في أغلب الدول - فيكثر تدخل الدولة ويتسع نطاق فكرة النظام العام اتساعا يضعف معه سلطان الارادة ، وتكثر القواعد القانونية الآمرة «<sup>١</sup>» •

ففكرة النظام العام والآداب اذن فكرتان مرتتان نسبيتان ، تستعصيان على التحديد الجامع المحكم ، لأن نطاقهما متغير بتغير الجماعات وتغير

---

١ - سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٥٥ . - عبد الفتاح عبد الباقي المرجع السابق ، ص ١٠١ ، الهامش •

(١) انظر : عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، فقرة ٢٢٨ •



الزمان • ورغم ذلك فقد يمكن اعطاء معيار أو موجه عام يستهدى به في الكشف عن مضمونها وتعرف ما يدخل في هذا المضمون من مسائل، فتكون القواعد القانونية التي تحكمها قواعد آمرة؛ وما يخرج عنه من مسائل، فتكون القواعد القانونية التي تحكمها قواعد مفسرة أو مكملة •

## ٢٤ - النظام العام (١)

يمكن تعريف النظام العام بأنه مجموع المصالح الأساسية للجماعة، أي مجموع الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليماً دون استقراره عليها • ولذلك كانت القواعد القانونية المتعلقة بالمصالح الأساسية للجماعة أي المتعلقة بالنظام العام، قواعد آمرة لا تملك الإرادة الفردية إزاءها أي سلطان أو قدرة على مخالفتها؛ إذ تعرض مخالفتها كيان المجتمع نفسه للانهدار والتصدع، فلا يسمح لأي كان بأن تجرى إرادته على خلافها •

وفي الطبيعة من القواعد المتعلقة بالنظام العام أي من القواعد الآمرة، قواعد قانون العقوبات التي ترسي دعامة الأمن في المجتمع • فيقع باطلاً كل اتفاق على ارتكاب أو عدم ارتكاب جريمة من الجرائم لقاء أجر معلوم، أو على تحمل شخص المسؤولية الجنائية والعقوبة بدل شخص آخر ارتكب جريمة من الجرائم •

وكذلك تعتبر من القواعد المتعلقة بالنظام العام القواعد المتعلقة بالحريات العامة، وهي التي تنص عليها الدساتير عادة، كالحرية الشخصية

---

(١) أنظر في ذلك بصفة خاصة:

Pascanu, La notion d'ordre public par rapport aux transformations du droit civil, Paris, 1937. — De La Morandière, La notion d'ordre public en droit privé, Cours de droit civil approfondi, 1950-1951. — Malaurie, L'ordre public et le contrat, t. I, 1953. — De La Morandière, L'ordre public en droit privé interne, Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant, p 381 et s.



وحرية العقيدة وحرية الرأى وحرية الانتخاب «<sup>١</sup>» والترشيح . فيقع باطلا التعهد بخدمة شخص طوال الحياة ، والتعهد بعدم الزواج اطلاقا ، والتعهد باعتناق أو عدم اعتناق دين معين ، والتعهد بعدم الكتابة في الصحف ، والتعهد بعدم التصويت في الانتخابات أ والترشيح فيها .

وكذلك يعتبر من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام ، القواعد المتعلقة بالاختصاص القضائي فيما عدا الاختصاص المحلى . ولذلك لم يكن جائزا قبل الغاء المحاكم الطائفية الاتفاق على الالتجاء الى المحاكم العادية بصدد منازعات تتعلق بمسائل الأحوال الشخصية ، اذ كان النظر في هذه المسائل من اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس المالية وحدها على حسب ديانة وملة الخصوم . ولا يجوز كذلك الاتفاق على رفع قضية تدخل في اختصاص المحاكم الابتدائية الى المحاكم الجزئية .

وكذلك يعتبر من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام ، القواعد المتعلقة بالأسس الاقتصادية للجماعة كفرض سعر الزامى للعملة الورقية ، فيعتبر باطلا كل اتفاق على الدفع بالذهب لأنه يخالف مصلحة عامة أساسية للجماعة هي ثبات النقد فيها واستقراره .

ولئن كانت القواعد المتعلقة بالنظام العام أوفر ما تكون في نطاق القانون العام كما يتبين من الأمثلة التى قدمناها ، فالقانون الخاص كذلك لا يخلو منها ، وخاصة منذ أن كثر تدخل الدولة فى العصر الحديث، فأكثرت من القيود على سلطان ارادة الأفراد فى ابرام التصرفات القانونية .

فقواعد الأهلية تعتبر من القواعد الآمرة لتعلقها بالنظام العام . ولذلك — كما تقول المادة ٤٨ من التقنين المدنى الجديد — « ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها » . وكذلك الشأن فيما يتعلق بقواعد الولاية ، فلا يجوز للولى أو الوصى أو القيم تعديل اختصاصاته وحقوقه

---

(١) أصبح التصويت فى الانتخاب وفى الاستفتاء واجبا فى ظل الدستور الجديد ( انظر م ٦١ من هذا الدستور ، والمادة الأولى وم ٣٩ من القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية ) .



### المنصوص عليها في القانون .

والقواعد التي تحكم الحالة المدنية للشخص هي من القواعد الآمرة كذلك لتعلقها بالنظام العام ، فلا تجوز مخالفتها أو الاتفاق على عكسها ، فيقع باطلا كل اتفاق على تغيير الجنسية أو الاسم في غير الأحوال التي يحددها القانون أو دون اتباع الاجراءات المبينة فيه للحصول على هذا التغيير .

وكذلك تتعلق أغلب القواعد الخاصة بنظام الأسرة بالنظام العام فتكون قواعد آمرة ، لأن الأسرة هي الخلية الأولى للمجتمع فتكون القواعد التي تحكمها في مقدمة الأسس التي يقوم عليها بناء الجماعة بحيث تجب حمايتها وكفالة احترامها ضد كل اتفاق يقع على خلافها . فلا يجوز الاتفاق على تعديل حقوق كل من الزوجين على الآخر أو واجباته قبله ، ويقع باطلا كذلك كل اتفاق على التنازل مقدما عن المطالبة بالنفقة التي يوجبها القانون بين الأزواج أو بين الأصول والفروع أو بين ذوى الأرحام ولا يجوز كذلك للزوج المسلم التنازل مقدما عن حقه في طلاق زوجته «<sup>١</sup>» ، أو التزوج عليها ، ولا يجوز له كذلك التنازل عن حقه في الزواج بأكثر من واحدة حتى أربع ، لأن حقه في الطلاق وفي تعدد الزوجات بما لا يزيد عن أربع ، من قواعد النظام العام في مصر لتعلقه بالأسس العائلية التي يقوم عليها بناء الجماعة .

وهنا تبدو لنا نسبية فكرة النظام العام ، واختلاف مضمونها باختلاف الجماعات ، ففي الدول الغربية مثلاً - على خلاف مصر - تعتبر

---

(١) ولكن ليس ثمة ما يمنع من تعهد الزوج مقدما بتعويض زوجته اذا هو طلقها في يوم من الايام ، اذ ليس في ذلك - كما تقول محكمة النقض - مخالفة لاحكام الشريعة ولا للنظام العام . ولكن هذا التعهد ينتفى الالتزام به اذا كان الزوج لم يطلق زوجته الا بناء على فعل اتته هي اضطره الى ذلك . «  
(نقض ٢٩ فبراير ١٩٤٠ ، مجموعة عمر ، ج ٣ رقم ٣٥ ، ص ٨٥) ،

انظر في هذا المعنى ، وتكييف مثل هذا التعهد :  
عهد الزاقي السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٤١٠ ، هامش رقم «١» .



وحدة الزوجة من النظام العام ، فلا يجوز الزواج بأكثر من واحدة . وكذلك تبدو نسبية فكرة النظام العام من حيث الزمان ، فقد كانت الدول الغربية تعتبر أبدية الزواج من النظام العام ، ثم تطور الأمر فيها فأباح أكثرها انقضاء الزواج بالطلاق في حالات معينة ، ولذلك يعتبر باطلا تنازل أحد الزوجين مقدما عن حقه في طلب الطلاق في إحدى هذه الحالات .

وكذلك يعتبر متعلقا بالنظام العام بعض القواعد الخاصة بالمعاملات المالية بين الأفراد نظرا لاتصالها بالمصالح الأساسية للجماعة : فلا يجوز الاتفاق مثلا على منع قسمة المال الشائع لمدة تزيد على خمس سنوات ( م ٨٣٤ مدني ) ، ولا الاتفاق على منع انقضاء الالتزام المهرق في حال الظروف الطارئة ( م ١٤٧ مدني ) ، أو منع تعديل الشروط التعسفية أو الاعفاء منها في عقود الاذعان ( م ١٤٩ مدني ) ، ولا الاتفاق على سعر للفائدة أعلى من ٧ ٪ ( م ٢٢٧ مدني ) .

## ٢٥ - الآداب (١)

يقصد بالآداب الأصول الأساسية للأخلاق في الجماعة ، أي مجموع الأسس الأخلاقية الضرورية لكيان المجتمع وبقائه سليما من الانحلال . من أجل ذلك لا يتصور أن تكون القواعد القانونية المتعلقة بمثل هذه الأسس الأخلاقية ، الا قواعد آمرة يمتنع على الأفراد مخالفتها والاتفاق على عكسها بإرادتهم ، لأن مخالفتها تصدع كيان الجماعة الأخلاقي .

فليس يقصد اذن بالقواعد المتعلقة بالآداب كل قواعد الأخلاق — والا اختلط القانون بالأخلاق ، وهما منفصلان نتيجة اختلافهما في الغاية

---

(١) انظر في ذلك بصفة خاصة :

Oprea, Essai sur la notion des bonnes mœurs dans les obligations en droit civil allemand, thèse, Paris, 1935. — Bonnecase, La notion Juridique de bonnes mœurs; sa portée en droit civil français, Etudes Capitant, p. 91 et s. — Senn, Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs, Recueil d'études en l'honneur de F. Génys, t. I, p. 53 et s.



والهدف كما سبق البيان — وانما يقصد بهذه القواعد الحد الأدنى من قواعد الأخلاق الذى تعتبره كل جماعة لازما لوجودها وكيانها ، بحيث تفرض على الجميع احترامه وعدم المساس به أو الانتقاص منه «١» . وقد سبق أن أشرنا الى أن هذه الفكرة تعتبر مثلا من الأمثلة القليلة الصادقة على تأثير القانون بالأخلاق ، وحاجته فى سبيل تدعيم نظام المجتمع وتماسكه الى استلزام حد أدنى من الأصول الأخلاقية ، لا يبيح للأفراد الخروج عليه بحال من الأحوال .

وفكرة الآداب على هذا النحو كفكرة النظام العام ، فكرة نسبية بحتة تتفاوت بتفاوت الجماعات ، لأن العبرة فى مضمونها هى بما تعتبره كل جماعة فى زمن معين من الأصول الأساسية للأخلاق فيها ، وهى تخضع فى ذلك لما يحيط بها من ظروف خاصة متعلقة بالعادات والتقاليد والدين فيها . ولما كانت هذه الظروف تتغير على الزمن ، فإن فكرة الآداب يختلف مضمونها كذلك فى الجماعة الواحدة باختلاف الزمان والأجيال فيها .

ففى فرنسا مثلا لم يكن يسمح للولد غير الشرعى برفع دعوى لاثبات نسبه ، لمخالفة ذلك للآداب ؛ ثم تطور تصور الجماعة لفكرة الآداب من هذه الناحية فأصبح مباحا الآن اثبات النسب . وفى مصر وفرنسا كان عقد التأمين على الحياة وعقد الوساطة فى الزواج يعتبران باطلين لمخالفتهم للآداب ، ثم تغير النظر اليهما فأصبحا اليوم من العقود المشروعة . وأغلب الجماعات لا تزال ترى فى الاتفاقات الخاصة بإنشاء نواد للعرافة مخالفة للآداب ، بينما تغيرت نظرة بعض الجماعات الحديثة الى ذلك فأصبحت تعتبر مثل هذه الاتفاقات مشروعة .

ومن بين الأمثلة الواضحة على مخالفة الآداب الاتفاقات الخاصة

---

(١) فى هذا المعنى :

Marty et Raynaud, op. cit., No. 99, p. 164.



بإدارة أو بإيجار أو استغلال البيوت المعدة للدعارة أو القمار « ١ » .  
والاتفاقات الخاصة بالشاء أو استمرار العلاقات الجنسية غير المشروعة ،  
وخاصة التعهدات بدفع مبلغ من المال لقاء قيام مثل هذه العلاقات « ٢ » .

## ٢٦ - سلطة القاضي في تحديد مضمون النظام العام والآداب

إذا كانت فكرة « النظام العام » وفكرة « الآداب » ، فكرتين مرتبتين  
معياريّتين تعطيان القاضي سلطة واسعة في تحديد مضمونها نظرا لعدم  
ثبات هذا المضمون وتغيره في الزمان والمكان ، إلا أن القاضي لا يملك أن  
يحل آراءه أو عقائده الشخصية في هذا الصدد محل آراء الجماعة نفسها .  
ففكرة النظام العام والآداب فكرتان نسبيتان ، أى تنسبان الى جماعة  
معينة في زمن معين ، ولذا فالقاضي - في تحديد مضمونها - مقيد

---

(١) تنص المادة ٧٣٩ من التقنين المدني على ما يأتي : « ١ - يكون باطلا  
كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان . ٢ - ولئن خسر في مقامرة أو رهان أن  
يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيه ما خسر ،  
ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك . وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق » .

ولكن المادة ٧٤٠ تحد من الحكم المتقدم بالنسبة الى بعض أنواع المقامرة  
أو الرهان ، فتنص على ما يأتي : « ١ - يستثنى من أحكام المادة السابقة  
الرهان الذي يعقده فيما بينهم المتبارون شخصيا في الألعاب الرياضية . ولكن  
للقاضي أن يخفض قيمة هذا الرهان إذا كان مبالغا فيه . ٢ - ويستثنى  
أيضا ما رخص فيه قانونا من أوراق النصيب » . ومثل هذا الاستثناء مفهوم  
في الحالتين . ذلك أنه حيث يكون الرهان بين المتبارين شخصيا في الألعاب  
الرياضية ، لا تتحقق فكرة مخالفة الآداب ، إذ يكون القصد الرئيسى هو التنافس  
على التفوق في مثل هذه الألعاب . أما فيما يتعلق بأوراق النصيب ، فقد  
روعى في شأن استثنائها من مبدأ بطلان الاتفاقات الخاصة بالمقامرة أو الرهان ،  
ما يتحقق عادة عن طريقها من اتفاق الحصيلة المتجمعة منها - بعد توزيع  
الجوائز - في أعمال البر والخير . ( انظر مذكرة المشروع التمهيدي ، مجموعة  
الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ٥ ، ص ٣٠٣ و ٣٠٤ ) .

(٢) من الواضح أن الاتفاق إذا كان على إنهاء علاقة جنسية غير مشروعة  
مع الالتزام بدفع مبلغ من المال فهو اتفاق مشروع لا مخالفة فيه للآداب ، إذ  
يتضمن بذلك فكرة تعويض المرأة عما يكون قد أصابها من ضرر نتيجة العلاقة  
السابقة المخالفة للآداب ، أو فكرة معاونتها على بدء حياة جديدة شريفة .  
( انظر : Planiol, Ripert et Esmein, op. cit., No. 232 - عبد الرزاق السنهوري ،  
المرجع السابق ، فقرة ٢٣٨ - أنور سلطان ، المرجع السابق ، فقرة ١٩١ ) .



لا بما يراه هو — ولكن بالتيار العام السائد بشأنهما في هذه الجماعة المعينة وفي ذلك الزمن المعين « ١ » .

## ٢٧ - جزاء مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب

القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب باعتبارها قواعد أمرة ، تعتبر قيذا يرد على سلطان الإرادة في إبرام التصرفات القانونية ، بمعنى أن إرادة الأفراد تتقيد باحترام هذه القواعد ؛ بحيث يترتب على كل مخالفة لهذه القواعد بطلان الاتفاق الذي يتضمن هذه المخالفة بطلانا مطلقا « ٢ » . ولذلك لا يزول مثل هذا البطلان بالأجازة ، ويكون لكل ذي مصلحة أن يتسكك به ، وعلى القاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه ولو لم يطلب إليه أحد الخصوم ذلك « ٣ » ( م ١٤١ مدني ) .

(١) وفي ذلك تقرر المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني الجديد ، أنه « يخلق بالقاضي أن يتحرز من أحلال آرائه الخاصة في العدل الاجتماعي محل ذلك التيار الجامع للنظام العام أو الآداب . فالواجب يقتضيه أن يطبق مذهبا عاما تدين به الجماعة بأسرها لا مذهبا فرديا خاصا . » ( مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ٢ ، ص ٢٢٣ ) .  
ولذلك يكون من الطبيعي أن يعتبر تحديد مضمون النظام العام والآداب مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض دون أن يستقل بتقديرها قاضي الموضوع . ( انظر : عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٤٠١ ، هامش رقم (٢) . — أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص ٢٠٤ ، الهامش ) . وفي ذلك ضمانة كبرى لاقامة هذا التحديد على أسس موضوعية لا شخصية .  
( انظر : De La Morandière, article précité, p. 389 )

(٢) يختلف مثل هذا البطلان المطلق عن البطلان النسبي كما سيرد البيان إذ في البطلان النسبي يكون التصرف القانوني صحيحا ولكنه قابل للإبطال لمصلحة أحد الأشخاص ، ولذلك فإن طلب الإبطال لا يكون إلا من قبل من جعل له القانون حقا فيه ، ويزول حق الإبطال بالأجازة الصريحة أو الضمنية من جانبه ( م ١٣٨ و ١٣٩ مدني ) .

(٣) إذا كانت كل القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب تعتبر قواعد أمرة ، فيبدو أن العكس ليس بصحيح ، فقد توجد قواعد أمرة ينص المشرع على صفتها الأمرة ولكنها لا تكون لذلك متعلقة بالنظام العام ، ولهذا لا يترتب البطلان المطلق جزاء على مخالفتها . ومن قبيل ذلك بعض القواعد التي يقصد بها حماية القاصر . فانه إذا كان مبدا حماية القاصر أمرا متعلقا بالنظام العام بحيث يعتبر باطلا بطلانا مطلقا تعهد القاصر مقدما بالتنازل عما يقرره القانون له من حماية، إلا أن تفصيل تنظيم مثل هذه الحماية قد لا يتعلق بالنظام العام . =



والقاعدة أن البطلان يستتبع حتما إعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التصرف أو الاتفاق ، أى رجوع كل شيء الى أصله ؛ فيكون لمن سلم شيئا الى آخر تنفيذا للاتفاق الباطل حق استرداده .

غير أن القضاء في مصر «<sup>١</sup>» كان يجرى — اتباعا لقاعدة انحدرت الى القانون الفرنسي من القانون الرومانى — على منع من أوفى بالتزام مخالف للآداب من استرداد ما أداه اذا كانت المخالفة للآداب آتية من ناحيته هو ، لأنه طرف ملوث لا يجوز له الاحتجاج بتلوثه ومخالفته للآداب لاسترداد ما أدى .

ولقد هم مشروع التقنين المدنى الجديد بمتابعة هذا القضاء فاحتوى نصا يأخذ به ، ويقرر أنه « لا يجوز لمن وفى بالتزام مخالف للآداب أن يسترد ما دفعه ، الا اذا كان هو فى التزامه لم يخالف الآداب » . ولكن لجنة المراجعة رأت من بعد حذف هذا النص فظهر التقنين الجديد خاليا منه «<sup>٢</sup>» . وخيرا فعلت لأن منطق البطلان يحتم ارجاع كل شيء الى أصله واسترداد ما دفع فى جميع الحالات ، لا فرق بين أن يكون سبب البطلان هو مخالفة النظام العام أو مخالفة الآداب .

ولذلك نستطيع أن نقول — والأعمال التحضيرية للتقنين المدنى الجديد شاهدة بما قدمنا — انه لم يعد ثمة فرق فى القانون المصرى اليوم

---

= ولذلك فان القانون مثلا ينص على أن تصرفات الصبى المميز الدائرة بين النفع والضرر تعتبر قابلة للإبطال لمصلحته . وهو بذلك لا يقرر البطلان المطلق جزاء على قيام القاصر بإبرام مثل هذه التصرفات، وإنما يكتفى بالبطلان النسبى، مما يكشف عن عدم تعلق القاعدة التى تحرم افراد القاصر بأجراء مثل هذه التصرفات ، بالنظام العام مباشرة .

انظر فى هذا المعنى :

H. Capitant, op. cit., p. 63, note (1). — Marty et Raynaud, op. cit., No. 99, p. 163. — ١٠٤ — ١٠٢

(١) انظر فى الاشارة الى احكام القضاء المصرى فى هذا الشأن : عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٥٣٦ ، هامش رقم (٣) .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٢ ، ص ٢٥٨ .



بين الجزاء المترتب على مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام والجزاء المترتب على مخالفة القواعد المتعلقة بالآداب ؛ فالجزاء واحد في الحالين وهو البطلان ، بما يستتبع من إعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التصرف أو الاتفاق الباطل «<sup>١</sup>» .

---

(١) انظر في هذا المعنى : عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، فقرة ٣٣٨ . - سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص ٧٦ ، هامش رقم ( ١ ) . - عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ٨٠ ، ص ١١٠ .



## الفصل الثالث

### اقسام القانون وفروعه

#### ٢٨ - تمهيد

يجرى الفقهاء على تقسيم القانون تقسيمات عدة ، يعنينا منها الإشارة الى تقسيمين اثنين: الأول ، هو تقسيم القانون الى قانون عام وقانون خاص ، والثاني هو تقسيم القانون الى قانون موضوعي وقانون شكلي .

ويقوم هذا التقسيم الأخير للقانون على أساس أن القانون الموضوعي يضع أحكاما موضوعية للعلاقات التي يتصدى لحكمها يحدد فيها الحقوق والواجبات المختلفة . بينما يقتصر القانون الشكلي على بيان الاجراءات الكفيلة بأعمال القانون الموضوعي وتطبيقه . فقانون المرافعات المدنية والتجارية مثلا قانون شكلي ، لأنه يبين الاجراءات الواجب اتباعها في سبيل الحصول على ما يقرره القانون المدني والقانون التجاري — وهما قانونان موضوعيان — من حقوق .

ولكن التقسيم الأول للقانون الى قانون عام وقانون خاص هو التقسيم الرئيسي للقانون «<sup>١</sup>» . وهو تقسيم تقليدي لا يزال مستقرا ومسلما في الفقه الحديث حتى من جانب الفقهاء الذين يهاجمونه ، اذ هو ذو فائدة عملية واضحة ناشئة عن التفرقة الواجبة في المعاملة بين الدولة

---

(١) ومع ذلك ، يذهب بعض الفقهاء الى أن التقسيم الرئيسي للقانون هو تقسيمه الى موضوعي وشكلي أو اجرائي ، بينما يعتبر تقسيم القانون الى عام وخاص تقسيما تاليا وتابعا له ، اذ القانون الموضوعي وحده هو الذي ينقسم الى عام وخاص عندهم ، أما القانون الشكلي فلا يعتبر من القانون العام أو القانون الخاص لأنه انما يضع اجراءات لخدمة القانون الموضوعي ايا كان نوعه عاما أم خاصا أم غير ذلك . « انظر : أحمد مسلم ، المنطق والواقع في التنظيم الوضعي للروابط الدولية ، مجلة القانون والاقتصاد ، ١٩٥١ ، ص ٧٩ ، هامش رقم (١) » .



صاحبة السلطان في الجماعة وبين الأفراد الخاضعين لهذا السلطان .  
وسوف تقتصر على بيان هذا التقسيم الرئيسى للقانون ، فنعرض  
لمبدأ هذا التقسيم وللфروع التي تندرج تحت كل من قسميه .

## المبحث الأول

### التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص \*

#### ٢٩ - تاريخ التفرقة (١)

تعتبر التفرقة بين القانون العام ( Le droit public ) والقانون الخاص  
( Le droit privé ) تفرقة تقليدية قديمة . فقد عرفها الرومان ، حيث  
كانوا ينظرون الى الدولة باعتبارها سلطة عامة تعمل للصالح العام ، وتعلو  
على المصالح الخاصة التي تترك الحرية للأفراد في سبيل تحقيقها تأكيدا  
للنزعة الفردية التي كانت سائدة حينئذ .

#### \* المراجع :

Eisenmann, Droit public, droit privé; Revue du droit public et de la  
science politique, 1952, pp. 904 - 979. — Morellet, L'interpénétration du  
droit public et du droit privé, Recueils d'Etudes en l'honneur d'Edouard  
Lambert, t. III, pp. 136-142. — Riezler, Obliteration des frontières entre  
le droit privé et le droit public, Etudes Lambert, t. III, pp. 117-136. —  
De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., Nos. 131-138. — Duguit, op.  
cit., t. I, Nos. 64-66. — Du Pasquier, op. cit., Nos. 166-172. — Marty et  
Raynaud, op. cit., Nos. 39-41. — Mazeaud, op. cit., Nos. 23-25. — Roguin,  
La science juridique pure, 1923, t. III, Nos. 801-855. — Roubier, op. cit.,  
No. 29, pp. 243-254. — Scelle, Le droit public et la théorie de l'Etat, dans  
l'ouvrage collectif : « Introduction à l'étude du droit », t. I, pp. 23-28.

سعد عصفور ، مقدمة القانون الدستورى ، ص ١٠ - ١٦ .

(١) راجع في ذلك :

Marty et Raynaud, op. cit., No. 41, pp. 61, 62. — Roubier, op. cit., pp.  
251 - 254. — Chevrier, Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la  
distinction du « Jus privatum » et du « Jus publicum » dans les œuvres des  
anciens Juristes français, Archives et Philosophie du droit, nouvelle série,  
1952, pp. 5-77.



ولكن مثل هذه التفرقة لم تلبث أن اختلطت وانطمست معالمها في العصور الوسطى أمام ضعف الدولة وعدم وجود هيئة عامة تتركز فيها وحدها السيادة المطلقة في الجماعة ، اذ ظهرت في هذه العصور هيئات وطوائف مختلفة ذات طبيعة مختلطة — كالطوائف المهنية — تتوسط بين الفرد والدولة ، وتستأثر ببعض السلطان الذي تخضع له الفرد .

غير أن انتشار النزعة الفردية ومذاهب الحرية في مطلع القرن التاسع عشر ، قد مكن للفصل بين نشاط الفرد ونشاط الدولة بما أتاح إعادة التفرقة القديمة بين القانون العام والقانون الخاص في صورة واضحة المعالم . ولكن انحسار النزعة الفردية منذ أواخر القرن الماضي ، وظهور النزعة الاجتماعية وانتشارها بما يصحبها من ازدياد تدخل الدولة في مختلف شئون النشاط في الجماعة ، قد أوجد اختلاطا وتداخلا كبيرا بين نشاط الفرد ونشاط الدولة ، مما حدا ببعض الفقهاء الى الظن بأن معالم التفرقة التقليدية بين القانون العام والقانون الخاص في طريقها الى الزوال ، وأن العصر الحديث يشهد ظاهرة اجتياح القانون العام للقانون الخاص «<sup>١</sup>» .

غير أن مثل هذا الظن ليس صحيحا «<sup>٢</sup>» . فلا يعنى ازدياد تدخل الدولة في شئون النشاط الفردي ، وازدياد حكمها لهذا النشاط بقواعد أمرة دون تركها مجالا كبيرا لسلطان ارادة الأفراد ، أن مثل هذه القواعد تدخل في نطاق القانون العام ، اذ العبرة في هذا الشأن تكون بطبيعة

---

(١) Savatier, Du droit civil au droit public, 1945. — Ripert, Le déclin du droit, 1949, notamment, chapitre II, pp. 37-66. — Josserand, La publication du contrat, Etudes Lambert, t. III § 145, pp. 142-158. — Dor, Les conquêtes du droit public sur le domaine du droit privé en Belgique, Etudes Lambert, t. III, § 147, p. 166-185. — Radbruch, Du droit individualiste au droit social, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1931, Nos. 3 - 4, pp. 390 - 393.

(٢) راجع في ذلك :

Eisenmann, article précité, Nos. 9 - 29, pp. 913 - 923. — Roubier, op. cit., pp. 251 - 252. — Marty et Raynaud, op. cit. pp. 62, 63. — Mazeaud, op. cit., No. 25. — Henri Mazeaud, Défense du droit privé, Dalloz, 1949, chr., p. 17.



ما تعرض له هذه القواعد من موضوعات لا بالصفة الآمرة أو المكملة لمثل هذه القواعد . فقواعد القانون الخاص التي تتحدد صفتها الخاصة على أساس طبيعة ما تعرض له من موضوعات ، تظل لها هذه الصفة ، فلا يقلبها الى قواعد القانون العام مجرد فرضها كقواعد آمرة .

ولذلك فان مبدأ التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ما يزال معتبرا الى اليوم مبدأ مسلما في الفقه الحديث ، رغم الظن الذي يذهب اليه هؤلاء الفقهاء ؛ ورغم الانكار الذي يتعرض له مثل هذا المبدأ من جانب بعض آخر من الفقهاء — كالفقيه الفرنسي « ديجي » — نتيجة ما يذهب اليه من انكار فكرة السيادة ووجود الدولة كشخص معنوي «<sup>١</sup>» ؛ ورغم الصفة الافتراضية أو الاصطناعية التي ينسبها الى مبدأ هذه التفرقة فريق آخر من الفقهاء ، مستندين الى أن ثمة قوانين — كالقوانين الانجلوسكسونية — لا تعرف هذه التفرقة ، وأنه يستعصي معها وضع بعض فروع القانون في هذا القسم أو ذاك على حدة «<sup>٢</sup>» .

### ٣٠ - معيار التفرقة

اذا كانت التفرقة التقليدية بين القانون العام والقانون الخاص مازالت الى اليوم مسلمة ومستقرة في الفقه الحديث ، الا أن الوقوف على معيارها ليس بالأمر الهين حيث لا يزال اختلاف الفقهاء كبيرا في هذا الشأن . ولن نعرض لكل المعايير المقترحة في هذا الشأن، وانما سوف تقتصر على الأساسى منها، فنستعرضها ونناقشها فيما يلي لننتهي الى المعيار الذي نرى الأخذ به . ولعل المعيار التقليدي لهذه التفرقة ، هو ذلك الذي يقيمها على أساس الأشخاص أطراف العلاقات القانونية . فحيث يتعلق الأمر بالدولة وعلاقاتها بالأفراد أو بالدول الأخرى ، نوجد بصدد القانون العام . وحيث يتعلق الأمر

---

(١) Duguit, op. cit., § 64, pp. 680 - 694.

(٢) Morellet, article précité, pp. 138 - 141.



بالفرد وعلاقاته بغيره من الأفراد ، لوجد بصدد القانون الخاص «١» .  
ومثل هذا المعيار ، ان كان صحيحا في ظاهره وفي النتائج التي تنفرع  
عليه في أكثر الفروض ، الا أن من العسير اعتباره صحيحا على إطلاقه .  
ذلك أن الدولة كثيرا ما تدخل في علاقات مع الأفراد ، لا بصفتها صاحبة  
السلطة والسيادة في الجماعة ، ولكن بوصفها مجرد شخص معنوي عادي  
كبقية الأشخاص المعنوية الخاصة ؛ وحينئذ لا يتأتى منطقا إخضاع مثل  
هذه العلاقات لقواعد القانون العام ، بل تحكمها قطعا قواعد القانون  
الخاص . فالدولة حين تقوم مثلا باستغلال أموالها الخاصة — لا الأموال  
العامة — وتعتد عقودا في سبيل ذلك ، انما تظهر كشخص عادي لا كشخص  
عام يمثل السيادة في المجتمع ؛ ولذلك يخضع نشاطها هذا للقانون الخاص ،  
كما يخضع لذلك أي استغلال أو عقد مماثل يقوم به أو يبرمه فرد من  
الأفراد «٢» . ومن هنا يبدو عدم امكان الاعتماد على شخص الدولة كمعيار  
فاصل للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص .

من أجل ذلك ، حاول بعض الفقهاء التماس معيار جديد لهذه التفرقة،  
فأقامها على أساس اعتبار أن القانون العام قانون سيطرة أو قانون آمر، واعتبار  
القانون الخاص قانون حرية أو سلطان ارادة . وبذلك يصبح الخضوع  
مرادفا للقانون العام ، والحرية مرادفة للقانون الخاص «٣» . فبينما تكون  
الوسيلة النموذجية في القانون العام هي القرار التنفيذي الذي يعبر عن  
الجبر والقهر ، تكون في القانون الخاص هي العقد الذي يعبر عن الرضا  
والاختيار «٤» .

---

(١) Montesquieu, De l'esprit des lois, éditions Garnier, t. I, Livre, 1, chapitre, III, p. 9.

(٢) Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 59. - Du Pasquier, op. cit., No. 166

(٣) انظر في هذا المعنى :

Savatier, op. cit., pp. 5 - 9.

(٤) Rivero, Dalloz, 1946, chronique, p. 59, cité par Eisenmann, article pré-  
précité, p. 922.



ولكن مثل هذا المعيار بدوره لا يعتبر صالحا من كل الوجوه . فليست كل قواعد القانون العام قواعد سيطرة واخضاع للفرد وانكار لحرية الارادة والاختيار ، فثمة قواعد - كالقواعد الدستورية المقررة للحريات الفردية - لا يمكن أخذها على هذا الأساس ، أو اعتبارها لذلك من قواعد القانون الخاص «<sup>١</sup>» . ومن ناحية أخرى ، فالقانون الخاص كذلك ليس كله قانون الحرية والرضا وسلطان الارادة ، اذ سلطان الارادة يتوقف حتما أمام القواعد الآمرة أو القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب ، وهى قواعد أصبح يزخر بها القانون الخاص في العصر الحديث ، دون أن يصح اعتبارها لذلك - كما سبق البيان - من قواعد القانون العام «<sup>٢</sup>» .

وثمة معيار آخر يأخذ به بعض الفقهاء المحدثين - وهو نفس المعيار الذى كان معروفا عند الرومان «<sup>٣</sup>» - يتلخص في ارجاع التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص الى اختلاف طبيعة المصلحة التى يهدف الى تحقيقها أو حمايتها كل منهما . فالقانون العام هو الذى يهدف الى تحقيق مصلحة عامة ، والقانون الخاص هو الذى يهدف الى تحقيق مصلحة خاصة .

ولكن مثل هذا المعيار غير دقيق ، وهو ينتهى حتما الى الاختلاط التام بين القانون العام والقانون الخاص وانطماس الحدود بينهما ، اذ من العسير الفصل التام بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة . ولذلك فإن القانون العام اذا كان يهدف الى تحقيق مصلحة عامة ، فإن تحقيق هذه المصلحة يستتبع بذاته تحقيق بعض المصالح الخاصة . وكذلك فلو كان القانون الخاص يهدف الى تحقيق مصالح خاصة ، فهو يحقق بالتبعية والضرورة مصلحة عامة ، اذ لا يتصور - والقانون يتصدى لتنظيم الحياة

(١) Eisenmann, article précité, pp. 928 - 929.

(٢) انظر في هذا المعنى :

Marty et Raynaud, op. cit., No. 41, p. 63. — Roubier, op. cit., No. 29, p. 247.

(٣) Roubier, op. cit., No. 29, p. 248. — Du Pasquier, op. cit. No. 167



الاجتماعية — أن يعمل على تحقيق المصالح الخاصة اذا تعارضت مع المصلحة العامة للجماعة «١» .

ولذلك ، فالزواج مثلا — وهو من أنظمة القانون الخاص — اذا كان يحقق مصالح خاصة فردية الا أنه يحقق في نفس الوقت مصلحة عامة للجماعة ، بل لعل تكوين الأسرة وتنظيم العلاقات بين أفرادها يعتبر في طبيعة المصالح العامة للجماعة «٢» .

وأمام نقص معيار طبيعة المصلحة ، وجد معيار آخر — يعتبر تنقيحا للمعيار التقليدي الأول — هو معيار صفة الأشخاص أطراف العلاقة القانونية، بمقتضاه يكون القانون العام هو الذي يحكم العلاقات التي تكون الدولة أحد أطرافها بصفتها صاحبة السيادة أو السلطة العامة في الجماعة ، ويكون القانون الخاص هو الذي يحكم العلاقات بين الأفراد بوصفهم أفرادا «٣» .

وهذا المعيار الأخير قد يكون قريبا الى الصواب ، وان يكن لا يسلم كذلك من النقد «٤» . ولكنه على أى حال يصلح نقطة بداية للوصول الى معيار أسلم ، اذ هو يخفى وراءه المعيار الذي نراه حقيقيا بالتسليم وهو معيار طبيعة العلاقة القانونية نفسها ، ذلك أن صفة الأطراف فيها

(١) في هذا المعنى :

Marty et Raynaud, ibid. — Roubier, op. cit., No. 29, pp. 248, 249. — Du Pasquier, ibid. — Del Vecchio, op. cit., p. 292. — Riezler, article précité, pp. 126-130. — Eisemann, article précité, pp. 934-936.

(٢) ذهب بعض الفقهاء — لتفادي هذا الانتقاد — الى اعتبار أن القانون العام هو الذي يغلب فيه تحقيق المصالح العام ، وأن القانون الخاص هو الذي يغلب فيه تحقيق المصالح الخاص . ولكن ذلك يجرد هذا المعيار من كل ضبط أو تحديد . ( انظر : Marty et Raynaud, op. cit., p. 63 )

(٣) انظر في هذا المعنى :

Riezler, article précité, p. 131. — Eisenmann, article précité, pp. 963, 964.

(٤) اذ يقال ان الأفراد حينما يمارسون الحريات العامة أو يشتركون في تكوين السلطة العامة بالانتخاب مثلا ، انما تحكمهم — كما هو مسلم — قواعد القانون العام ، رغم انهم لا يقومون في الواقع باستعمال حقيقى لحق السيادة . ( انظر : Roubier, op. cit., No. 29, p. 250 )



انما تتفرع عادة على هذه الطبيعة . ومن هنا ، يمكن أن تقول ان القانون العام هو الذى يحكم العلاقات المتصلة بحق السيادة فى الجماعة ، أو يتعلق بتنظيم السلطات العامة فيها ، أما العلاقات القانونية غير المتصلة بهذا الحق أو المسائل غير المتعلقة بهذا التنظيم فيحكمها القانون الخاص «١» .

### ٣١ - أهمية التفرقة (٢)

إذا كانت التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص مستقرة فى الفقه ، فإن أهميتها ليست نظرية محضة ، بل هى عملية كذلك .  
فالقانون العام - وهو يحكم المسائل المتعلقة بالسيادة - يزود السلطات العامة فى الجماعة بمكنات لا يخولها القانون الخاص للأفراد . فللسلطات العامة مثلاً اتخاذ قرارات فردية تفرض تكاليف عامة أو خاصة على الأفراد ، أو الالتجاء الى وسائل استثنائية قهرية تعينها على تنفيذ ما تأمر به مما يدخل فى اختصاص وظيفتها ، كالتنفيذ المباشر دون الالتجاء الى القضاء ، والاستيلاء المؤقت ، ونزع الملكية للمنفعة العامة .  
وكذلك فإن الأموال العامة التى تملكها الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة والمخصصة للمنفعة العامة ، يخضعها القانون العام لنظام خاص مستقل عن النظام العادى للملكية المقرر فى القانون الخاص ، والذى تخضع له الأشياء التى يملكها الأفراد ، بل وكذلك الأشياء التى تملكها الدولة ملكية خاصة لعدم تخصيصها للمنفعة العامة . فلا يجوز طبقاً لهذا النظام الخاص ، التصرف فى الأموال العامة أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم

(١) فى هذا المعنى :

Marty et Raynaud, op. cit., No. 41, p. 64. — Roubier, ibid. — Del Vecchio, op. cit., p. 293.

وقرب من ذلك :

De la Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., No. 132.

(٢) راجع فى ذلك :

Roubier, op. cit., No. 29, pp. 245, 246. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 40.

عهد الحميد متولى ، الفصل فى القانون الدستورى ، ١٩٥٢ ، ص ٧ .



( م ٨٧/٢ مدنى ) ، وذلك ضمانا للمنفعة العامة المرصودة هذه الأموال على تحقيقها .

وكذلك فان مسئولية الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ومسئولية الموظفين فيها ، تقرر على أسس وقواعد خاصة مختلفة عن القواعد العامة المقررة فى القانون الخاص بشأن مسئولية الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية الخاصة .

وعلاقة الدولة بموظفيها تحكمها قواعد خاصة تختلف عن القواعد التى تحكم علاقة رب العمل بموظفيه وعماله ، اذ فى الحالة الثانية حيث لا يتصل الأمر بحق السيادة يتصور اعطاء العمال جانبا غير قليل من الحرية ازاء رب العمل يصل عادة الى حد السماح لهم بالتوقف عن العمل والاضراب ، بينما لا يتصور ذلك عادة فى علاقة الموظفين بالدولة صاحبة السيادة ، خاصة وأنهم بحكم وظائفهم يقومون على تسيير المرافق العامة وهو ما لا يحتمل التوقف أو التعطل .

وتخضع العقود التى تعقدها الادارة غالبا لقواعد استثنائية تخالف القواعد العادية المقررة للعقود فى القانون الخاص ، فقد يثبت للادارة منفردة الحق فى الفاء العقد أو تعديل شروطه أو توقيع جزاء على التخلف أو التقصير فى تنفيذه .

ولذلك فان الحاجة تدعو - أمام اختلاف الأنظمة والقواعد القانونية بين القانون العام والقانون الخاص - الى تخصيص جهة قضاء مستقلة عن جهة القضاء العادى ، للفصل فى المنازعات المتعلقة بمسائل القانون العام وخاصة تلك المتصلة بنشاط الادارة . وهذا هو الحال فى القانون المصرى حيث توجد محاكم ادارية الى جوار المحاكم العادية .

### ٣٢ - مدى التفرقة

اذا كانت التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ما تزال قائمة رغم ما تعرضت له من هجمات ، فان ذلك لا يعطيها صفة مطلقة أو جامدة .



فيراعى من ناحية ، أن هذه التفرقة ليست بالتفرقة المحتومة اللازمة التى لا يخلو منها نظام أو شريعة من النظم أو الشرائع القانونية المختلفة ، بل هى تفرقة نسبية تعرفها بعض هذه النظم والشرائع دون بعض . ولذلك كانت مجهولة فى الشريعة الاسلامية وفى القانون الكنسى الكاثوليكي . وهى فى العصر الحاضر ، أن كانت معروفة ومسلمة فى أغلب القوانين ، الا أنها تكاد تكون مجهولة فى القوانين الأنجلوسكسونية «١» .

ويراعى من ناحية ثانية ، أن وجود هذه التفرقة والتسليم بها لا يمنع من وجود فروع للقانون يستعصى اعتبارها من القانون العام أو من القانون الخاص على حدة ، اذا كانت بعض قواعدها تتعلق بتنظيم السلطات العامة وحق السيادة فى الجماعة وبعضها الآخر لا يتعلق بذلك . ووجود مثل هذه الفروع المختلطة للقانون ليس فيه ما يطعن أو ينقض التفرقة الأساسية بين القانون العام والقانون الخاص . واذا كان الفقه يجرى عادة على ادراج هذه الفروع المختلطة تحت القانون العام أو تحت القانون الخاص وحده رغم انتمائها الى القانونين فى آن واحد ، فما ذلك الا اعتبارا بالفرض الأساسى منها والصفة الغالبة لقواعدها .

ويراعى أخيرا ، أن وجود هذه التفرقة والتسليم بها لا يعنى أنها تفرقة جامدة ثابتة الحدود ، بل هى تفرقة مرنة تخضع فى الزمان والمكان لما يعتبر وما لا يعتبر من حق السيادة فى الجماعة «٢» .

## المبحث الثانى

### فروع القانون العام

#### ٣٣ - تقسيم

يجرى الفقهاء على تقسيم القانون العام الى قسمين كبيرين : القانون

---

(١) Morellet, article précité, pp. 140, 141.

(٢) De La Morandière, Introduction à l'étude du droit civil français, L'ouvrage collectif précité, t. I, p. 186.



العام الخارجى ( Le droit public externe ) ، والقانون العام الداخلى ( Le droit public interne ) . واذا كان القانون العام الخارجى ، وهو المعروف باسم « القانون الدولى العام » ، مشكوكا فى اعتباره قانونا بالمعنى الصحيح ، فان ذلك يقتضى مناقشة صفته القانونية . أما القانون العام الداخلى ، فتندرج تحته فروع متعددة تبعا لتنوع المسائل المتصلة بالسيادة أو السلطة العامة فى الجماعة ، مما يقتضى بيان هذه الفروع وأهميتها .

## المطلب الأول

### القانون العام الخارجى

#### ٣٤ - مدى اعتبار القانون العام الخارجى قانونا بالمعنى الكامل

قلنا ان القانون العام الخارجى هو المعروف باسم القانون الدولى العام « ( Le droit international public ) . ويقصد به الدلالة على مجموع القواعد القانونية التى تحكم علاقات الدول بعضها ببعض فى الحرب والسلم على السواء .

والقانون الدولى العام منازع فى اعتباره قانونا بالمعنى الصحيح كما سلفت الاشارة الى ذلك ، على أساس عدم صدوره عن سلطة سياسية عليا تملك التشريع بين الدول ، وتختلف الجزاء الجبرى عند مخالفة قواعده «<sup>(١)</sup> .

ونظرنا الى هذا القانون — كما سبق البيان — أنه قانون لم تتوافر له بعد صفة القانون الوضعى الكامل .

---

(١) أنظر فى عرض هذا الراى المنسوب خاصة الى الفقيه الانجليزى . أوستن ( Austin ) :

Friendmann, Legal theory, 1944, pp. 137 - 139. — Gray, The nature and sources of the law, 1948, pp. 130, 131.



ولكننا لا تؤسس ذلك على انعدام وجود هيئة تشريعية عليا تملك التشريع في المحيط الدولي كما يذهب البعض . فالتشريع ليس الا مجرد مصدر من بين المصادر الرسمية الأخرى للقانون ، فتخلفه لا يفيد عدم قيام القانون . ولذلك فالى حين قيام مثل هذه الهيئة التشريعية ، بل حتى بعد قيامها ، يستطيع العرف الدولي أن يلزم الدول بالقواعد القانونية في شأن علاقاتها بعضها ببعض .

ولكننا تؤسس عدم كمال وضعية القانون الدولي العام على الواقع المسلم من أن قواعده غير مكفول احترامها بقوة الاجبار الجماعي ، وهو شرط جوهرى لوجود قانون بالمعنى الكامل كما سبق البيان . فلا توجد بعد في المجتمع العالمى هيئة تنزل الدول منها منزلة الأفراد من الحكومات فيكون لها من القوى المادية القاهرة ومن السلطان على الدول جميعا ، ما تملك معه توقيع الجزاء على كل دولة تخرق قواعد القانون الدولي العام . فالى حين وجود سيادة عالمية موحدة تعلو السيادة الوطنية المتعددة وتملك عليها حق الأمر والجبر دون معقب ، لا يمكن اعتبار قواعد القانون الدولي العام قواعد قانونية وضعية كاملة أى قواعد مطبقة فعلا في المحيط الدولي ، لأنها ليست بعد بالقواعد الملزمة الزاما جبريا للدول ، فتستطيع كل دولة المخالفة عنها دون أن تجد اجبارا جماعيا يحملها على احترام أحكامها . فهي قواعد اذن لم تبلغ بعد نهاية التطور الكامل الذى وصلت اليه قواعد القانون الداخلى (١) .

وقد بذلت محاولات عديدة لايجاد هيئة عالمية لها حق السيادة على الدول بما يؤكد صفة الالتزام الجبرى لقواعد القانون الدولي العام ، ولكنها باءت كلها بالفشل حتى الآن . ولا يبدو أن الأمل قريب في ايجاد

(١) انظر في هذا المعنى :

Del Vecchio, op. cit., pp. 300, 301. — Dabin, op. cit., No. 38. — Gray, pp. 131, 132.

محمد على امام، المرجع السابق، فقرة ٢٥، ص ٦٤ و ٦٥ . — عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٤٠، ص ٦٣ . — محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ١٠٠، ص ١٩٩ .



مثل هذه الهيئة . ولذلك فأكبر الظن — الى حين يتيسر انشاؤها — أن سيظل الأمر بين الدول خاضعا للاقتصاص الفردى ولمنطق القسوة ، كما كانت الحال فى القانون الداخلى بين الأفراد قبل أن تتركز السلطة فى يد الدولة .

ومثل هذا الاقتصاص بين الدول عن طريق استقلال كل منها بتوقيع عقوبات اقتصادية أو ثقافية أو سياسية ، أو حتى عن طريق شن الحروب ، لا يمكن اعتباره — كما يذهب الى ذلك بعض الفقهاء «١» — من قبيل الاجبار القانونى بالمعنى الصحيح . فلقد رأينا أن الاجبار القانونى لا يوجد الا حيث يتوافر له تنظيم جماعى معين عن طريق انشاء جهاز خاص للاجبار تشرعه السلطة العامة الموكلة به فى وجه المخالفين عن أحكام القانون باسم الجماعة ولحسابها «٢» .

## المطلب الثانى

### القانون العام الداخلى

#### ٣٥ - تعريف وتقسيم

يقصد بالقانون العام الداخلى مجموع القواعد القانونية التى تحكم العلاقات المتصلة بحق السيادة فى الجماعة داخليا لا خارجيا ، أى تلك التى تحكم ما يتصل بالسيادة الداخلية فى الدولة دون السيادة الخارجية فى علاقات الدولة بغيرها من الدول .

وتندرج تحت القانون العام الداخلى فروع مختلفة تبعا لاختلاف الموضوعات التى يعرض لها ، هى القانون الدستورى ، والقانون الإدارى ، والقانون المالى ، والقانون الجنائى . فنعرض فيما يلى بإيجاز لهذه الفروع المتعددة .

---

(١) عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ،  
فقرة ١٧٤ ، ص ٢٢٦ و ٢٢٧ - سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٣١ ،  
ص ٣٩ .

(٢) Dabin, ibid.



### ٣٦ - القانون الدستوري

نجد القانون الدستوري ( Le droit constitutionnel ) في الطليعة من فروع القانون العام الداخلي ، فهو مجموع القواعد التي تحدد نظام الحكم في الدولة ، وتبين السلطات العامة فيها وتوزع الاختصاصات فيما بينها وتحدد علاقات التعاون أو الرقابة بين بعضها البعض ، وتنص على مآل الأفراد من حريات عامة وحقوق قبل الدولة .

وقد سبق أن أشرنا الى تشكيك بعض الفقهاء فيما للقانون الدستوري من صفة قانونية كاملة ، بدعوى فقدان قواعده صفة الالتزام الواجبة لكل قواعد القانون . اذ لا يتصور فيما يقولون - والدولة هي التي تملك وتحتكر سلطان الجزاء والاجبار - أن تشرعه في وجه نفسها ان خالفت قواعد ذلك القانون «<sup>١</sup>» . فضلا عن أن التزام الدولة باحترام الدستور ليس التزاما قانونيا بالمعنى الصحيح ، وانما هو التزام أدبي أو أخلاقي محض لا يجد جزاء على خرقه الا مجرد جزاء أدبي أو أخلاقي كذلك «<sup>٢</sup>» .

وهذا النظر - كما رأينا من قبل - نظر قاصر ، من حيث أنه يغفل ما لقواعد القانون الدستوري من طبيعة خاصة تشكل صور الجزاء والاجبار فيه بشكل مختلف عن صور الجزاء والاجباو في فروع القانون الأخرى . فالقانون الدستوري يفترض وجود سلطات مختلفة في الجماعة ؛ ولما كانت مخالفة قواعده قد تقع من احداها ، فالجزاء أو الاجبار لا يتصور اذن الا في صورة رقابة متبادلة بين هذه السلطات ، فيكون للسلطة التنفيذية

(١) انظر في الاشارة الى هذه الحجة :

Del Vecchio, op. cit., p. 298.

(٢) انظر في هذا المعنى قول « اوستن » : « لا يعدو القانون الدستوري بالنسبة الى الحاكم أن يكون مجرد قواعد آداب مرعية تحميها جزاءات أدبية بحتة ... فقيام الحاكم بعمل مخالف للقانون الدستوري يجيز نعت هذا العمل بأنه غير دستوري ، ولكنه لا يكون مخالفا للقانون بالمعنى الصحيح ، ومن ثم لا يجوز نعته بأنه غير قانوني » . ( راجع في ايراد هذا القول ، سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص ٩ ) .



مثلا حق حل المجلس التشريعي ؛ ويكون للمجلس التشريعي حق إسقاط الحكومة الممثلة للسلطة التنفيذية ؛ ويكون للمحاكم حق إلغاء التشريعات المخالفة للقانون أو للدستور ، أو على الأقل حق الامتناع عن تطبيقها .  
فإن لم تفلح هذه الرقابة ، ارتد الأمر الى مصدر هذه السلطات وهو الشعب ، فيستقل حينئذ بكفالة احترام قواعد القانون الدستوري بنفسه بما يملك من وسائل سلمية أو ثورية .

هذا فضلا ، عن أن هذا النظر يشوه وظيفة الدولة فيصورها على أنها جهاز جبر وقوة ، بينما الدولة لا توجد الا لخدمة القانون واعمال حكمه وكفالة احترام قواعده بما يحقق المقصود منه من اقامة نظام عادل في الجماعة ، ولذلك كان احترام القانون هو أول واجباتها . فليس القانون هو قانون الدولة تتحلل من احترامه كما تشاء ، وانما الدولة هي « دولة القانون » تلتزمه وتتقيد بأحكامه «<sup>١</sup>» . ولذلك فإن الاجبار متصور في حق السلطات العامة التي تخرق القانون «<sup>٢</sup>» . فيملك الأفراد مقاضاتها والتوصل الى ابطال أو اهدار تصرفاتها غير المشروعة أو غير الدستورية ؛ وحينئذ تلتزم السلطة التنفيذية - طبقا لوظيفتها - بالقيام بتنفيذ الأحكام الصادرة بذلك حتى ولو كانت ضدها .

ومن ذلك كله ينكشف فساد هذا الرأي ، وتستبين الصفة القانونية الكاملة ثابتة للقانون الدستوري .

### ٣٧ - القانون الإداري .

يقصد بالقانون الإداري ( Le droit administratif ) ، مجموع القواعد التي تحكم نشاط السلطة التنفيذية في أداء وظيفتها وقيامها على أمر المرافق العامة .

وضمانا لحقوق الأفراد ، وكفالة لحسن قيام السلطة التنفيذية أو

(١) انظر ما تقدم ، ص ٥٠ و ٥١ من هذا الكتاب .

(٢) Del Vecchio, op. cit. p. 299.



الادارة بوظيفتها دون انحراف أو خروج على القانون ، يكون للقضاء حق الرقابة على الأعمال والأوامر الادارية ، والغائها أو وقف تنفيذها أو التعويض عن الأضرار الناشئة عنها بحسب الأحوال .

وقد كان للمحاكم العادية في مصر حق الرقابة على الأعمال والأوامر الادارية ، ولكن في نطاق جد محدود ، اذ لم تكن تملك — في حال مخالفتها للقانون أو اصدارها بقصد الانحراف والتعسف في استعمال السلطة — الا مجرد التعويض عما تسببه للأفراد من أضرار ، فقد كانت ممنوعة منعا باتا من تأويلها أو الغائها أو وقف تنفيذها . وقد كانت الحكمة من ذلك ضمان احترام مبدأ فصل السلطات ، بمنع السلطة القضائية العادية من التدخل في أعمال السلطة التنفيذية ، وتمكين السلطة التنفيذية من أداء وظيفتها في حرية واستقلال .

ثم تمكن المشرع المصري في سنة ١٩٤٦ من انشاء مجلس الدولة اتباعا لما تأخذ به كثير من الدول الحديثة . وهذا المجلس يتألف من أقسام ثلاثة : قسم الرأي ، وقسم التشريع ، وقسم القضاء الذي يضم ما يعرف باسم «المحاكم الادارية» . وقد نهضت هذه المحاكم على حداثة نشأتها بواجبها في رقابة الأعمال والأوامر الادارية على وجه يكفل حقوق الأفراد ويضمن قيام السلطة التنفيذية والادارية بأداء وظيفتها في حدود القانون دون تعسف أو انحراف . وسوف ترد الاشارة فيما بعد الى ما لهذه المحاكم من فضل كبير في تقرير حقها في رقابة دستورية القوانين . وقد أعان هذه المحاكم على النجاح في خلق قضاء ادارى متين ، ما أعطى لها من سلطة واسعة في رقابة الأعمال والأوامر الادارية بما يضمن موافقتها القانون وتحقيقها الصالح العام ، فهي تملك في سبيل ذلك حق الحكم بالغاء تلك الأعمال والأوامر أو وقف تنفيذها .

### ٣٨ - القانون المالى

كان يعتبر داخلا في نطاق القانون الادارى الى قريب ما يسمى



بالقانون المالى ( Le droit financier ) ، على اعتبار أنه يتضمن القواعد التى تحكم مالية الدولة من حيث تحديد مصروفاتها ووجوه اتفاقها ، وبيان إيراداتها ومصادر هذه الإيرادات المختلفة . ولكن القانون المالى استقل اليوم عن القانون الإدارى وأصبح فرعاً قائماً بذاته من فروع القانون العام الداخلى .

### ٣٩ - القانون الجنائى

ويدخل كذلك فى نطاق القانون العام الداخلى ، القانون الجنائى ( Le droit criminel ) . وهو يتفرع الى الفرعين الآتين :

(١) **قانون العقوبات** ( Le droit pénal ) : وهو يتضمن قواعد موضوعية تحدد الجرائم وتعين العقوبات عليها ، وتبين شروط المسؤولية الجنائية وظروف الاعفاء أو التخفيف منها . وسنرى من بعد أن هذه القواعد لا تفرض الا بنص تشريعى ، فليس للعرف فى فرضها أدنى نصيب . وإذا كان قانون العقوبات يعتبر عند جمهور الفقهاء من فروع القانون العام الداخلى «١» ، الا أن بعض الفقهاء يرى اعتباره قانوناً مختلطاً يدخل — فى نفس الوقت — فى نطاق القانون العام والقانون الخاص على السواء «٢» . اذ يرون أن قانون العقوبات ، اذا كان يقوم على فكرة الدفاع عن المجتمع فيعتبر من هذا الوجه من فروع القانون العام ، الا أنه فى أغلب قواعده انما يعاقب على جرائم تقع على الأفراد أنفسهم وتضر بحقوقهم ومصالحهم الخاصة . فضلاً عن أن اعمال قواعد هذا القانون

---

(١) Garraud, Traité théorique et pratique du droit pénal français, t. I. 3e éd., No. 28. — Donnedieu de Vabres. — Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, 3e éd., No. 2. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., No. 150.

محمد كامل مرسى والسعيد مصطفى السعيد ، شرح قانون العقوبات المصرى الجديد ، الطبعة الثانية ، ١٩٤٣ ، ص ١ . — عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ١٨٦ . — عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ٤٩ . — محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، فقرة ٩٥

(٢) Roubier, op. cit., No. 30, pp. 263, 264. — Marty et Raynaud,

op. cit., No. 45, p. 70.



بالمطالبة بالعقاب ليس وفقا على السلطة العامة في الجماعة وحدها ، بل أن للأفراد كذلك في بعض الحالات الحق في هذه المطالبة عن طريق تحريك الدعوى العمومية . وبذلك يبدو قانون العقوبات كضمانة لحقوق الأفراد ومصالحهم ، مما يجعله داخلا من هذا الوجه في نطاق القانون الخاص . وهو ما يبرر اعتباره في مجموعه قانونا مختلطا .

ولكن هذا الرأي محل نظر . فيراعى أن الجرائم ، مهما كان نوعها ومهما كان الضرر الناشئ عنها واقعا مباشرة على الأفراد أنفسهم أو على حقوقهم ومصالحهم الخاصة ، إنما تعتبر موجهة ضد الجماعة كلها إذ هي اخلال خطير بالأمن والطمأنينة فيها . ومن أجل ذلك كانت السلطة العامة في الجماعة هي المستقلة أصلا بمباشرة الدعوى العمومية ضد المجرم للمطالبة بعقابه . فلا يملك المجنى عليه — الا في أحوال استثنائية محدودة لا وزن لها في هذا الشأن — رفع هذه الدعوى أو التنازل عنها أو اعفاء المجرم من العقاب بالنصف عنه ، إذ الدعوى العمومية والعقاب إنما هما حق المجتمع لا حق المجنى عليه «<sup>١</sup>» .

(٢) قانون الإجراءات الجنائية (٢) ( Droit d'instruction criminelle ) :

وهو يتضمن قواعد شكلية تبين اجراءات ضبط الجرائم والتحقيق فيها ، واجراءات المحاكمة الجنائية ، وطرق تنفيذ العقوبات المحكوم بها . فهو إذن قانون شكلى أو اجرائى يلزم وجوده لاعمال وتطبيق القانون الموضوعى أى قانون العقوبات .

(١) انظر في هذا المعنى :

De La Gressaye et Laborde - Lacoste, ibid. — Garraud, ibid.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، الموضع السابق — عبد الفتاح عبد الباقي ، الموضع السابق — محمود جمال الدين زكى ، الموضع السابق .

(٢) يذهب بعض الفقهاء الى اعتبار هذا القانون قانونا مختلطا تفريعا على ما يروونه في هذا الشأن خاصا بكل قوانين الاجراءات (Roubier, op. cit., p. 264) . بينما يذهب بعض آخر من الفقهاء الى أن هذا القانون باعتباره قانونا شكليا لا يدخل في نطاق القانون العام ولا في نطاق القانون الخاص ( احمد مسلم ، المقال السابق ، ص ٧٩ ، هامش رقم «١» ) .



## المبحث الثالث

### فروع القانون الخاص

#### ٤٠ - تعريف وتمهيد

القانون الخاص هو مجموع القواعد التي تحكم العلاقات بين الأفراد بوصفهم أفراداً ، أو بمعنى أدق مجموع القواعد التي تحكم العلاقات التي لا تتصل بحق السيادة أو بتنظيم السلطة العامة في الجماعة . فالدولة حين تدخل في علاقات بصفتها شخصاً معنوياً عادياً لا بصفتها صاحبة السيادة والسلطان في الجماعة ، تحكمها قواعد القانون الخاص لا قواعد القانون العام .

والقانون المدنى هو أساس القانون الخاص . غير أن ثمة فروعاً أخرى تفرعت عليه لتحكم علاقات وموضوعات معينة ظهرت الحاجة الى وضع قواعد خاصة بها غير قواعد القانون المدنى ، نظراً لاتصالها بمهنة أو نشاط معين ، كالقانون التجارى والقانون البحرى وقانون العمل . والى جنب هذه الفروع يوجد فرع آخر من فروع القانون الخاص هو القانون الدولى الخاص ، وقد دعت الحاجة الى ظهوره لبيان القانون الواجب التطبيق فى شأن العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبى ، وتحديد مدى ولاية المحاكم الوطنية بالنسبة لهذا النوع من العلاقات . هذا فضلاً عن وجود فرع آخر هو قانون المرافعات المدنية والتجارية وهو قانون شكلى أو اجرائى .

#### ٤١ - القانون المدنى

دعامة القانون الخاص هو القانون المدنى ( Le droit civil ) ، اذ هو الشريعة العامة فى علاقات القانون الخاص ، بمعنى أنه هو المرجع حيث لا توجد فى فروع القانون الخاص الأخرى - غير القانون الدولى الخاص وقانون المرافعات المدنية والتجارية - قواعد بشأن العلاقات التي



تحكمها . فضلا عن أنه يتوجه الى جميع الأفراد دون استثناء ، اذ هو يتوجه اليهم بصفتهم أفرادا دون نظر الى اختلاف طوائفهم ومهنتهم على خلاف الفروع الأخرى للقانون الخاص . فهو يحكم علاقة الفرد بأسرته بما يضع من قواعد الأحوال الشخصية ، وهو يحكم العلاقات المالية بما يضع من قواعد المعاملات أو الأحوال العينية . ويراعى أن التقنين المدنى المصرى لا يتضمن الا قواعد المعاملات أو الأحوال العينية ، اذ ما زالت الأحوال الشخصية خاضعة فى مصر كمبدأ عام للدين كما سيورد البيان .

## ٤٢ - القانون التجارى

يقصد بالقانون التجارى ( Le droit commercial ) ، مجموع القواعد التى تحكم العلاقات التجارية ، أى العلاقات بين التجار بوصفهم تجارا أو العلاقات المتعلقة بأعمال تجارية .

وقد دعا الى ظهور القانون التجارى - كفرع مستقل من فروع القانون الخاص - ازدياد التجارة وانتشارها والحاجة الى تنميتها ، مما يقتضى ضرورة اخضاع العلاقات التجارية لقواعد خاصة غير القواعد العامة الموجودة فى القانون المدنى ، تعين على تحقيق ما تتطلبه المعاملات التجارية من سرعة وقوة ائتمان . ومع ذلك فالصلة غير منقطعة بين القانون التجارى والقانون المدنى ، اذ يظل الأخير معتبرا هو الأصل والأول هو الفرع ، فحيث تفتقد فى القانون التجارى قواعد خاصة ببعض العلاقات التجارية ، ترد الولاية فى شأنها الى القانون المدنى باعتباره الشريعة العامة فى نطاق العلاقات الخاصة .

ومن أمثلة قواعد القانون التجارى التى يبدو فيها احلال عامل السرعة فى المعاملات التجارية محل الاعتبار ، القاعدة التى تجعل اثبات التصرفات القانونية التجارية أيا كانت قيمتها طليقا من قيد الكتابة ، فيقبل اثباتها بالبينة والقرائن . وهذه القاعدة التى تملئها طبيعة المعاملات التجارية ترد على خلاف ما يقرره القانون المدنى من قاعدة عامة فى الاثبات بالكتابة



في شأن وجود أو انقضاء التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على عشرة جنيهات أو التي تكون غير محددة القيمة ( م ٤٠٠ / ١ مدني ) •

ومن أمثلة قواعد القانون التجاري التي يقصد من ورائها الى كفالة ما تحتاجه المعاملات التجارية من قوة ائتمان ، القاعدة التي تقضي بافترض التضامن بين المدينين افتراضا لا يحتاج الأمر معه الى اتفاق أو نص في القانون عليه • فهذه القاعدة تمكن الدائن في المعاملات التجارية من مطالبة أى واحد من المدينين بكل الدين ، فتقلله بذلك من عناء مطالبة كل منهم بنسبة حصته في الدين ، وتجنبه مخاطر مثل هذا التقسيم في المطالبة • وهذه القاعدة التي تملئها ضرورة زيادة ضمان الدائن وائتمانه في المعاملات التجارية ، ترد على خلاف الأصل المقرر في القانون المدني من أن «التضامن بين المدينين لا يفترض ، وانما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون » ( م ٢٧٩ مدني ) •

واذا كان القانون التجاري مسلما اعتباره منذ قديم من فروع القانون الخاص ، فيذهب بعض الفقهاء الحديثين رغم ذلك الى اعتباره قانونا مختلطا ، على أساس أن بعض قواعده — الى جانب أغلبها المتصل بالقانون الخاص — تتصل بالقانون العام ، كتلك التي تتعرض لتنظيم الغرف والبورصات التجارية وحرية التجارة ونظام المنافسة الحرة وأنظمة التجارة الخارجية والجمارك « ١ » • ولكن مثل هذا الرأي يغفل أن هذه القواعد انما تدور كلها حول النشاط التجاري الخاص للأشخاص ، فضلا عن أنها تندرج في الواقع تحت بعض فروع القانون العام فلا تعتبر جزءا حقيقيا من القانون التجاري رغم تعلقها بالتجارة •

### ٤٣ — القانون البحري

يقصد بالقانون البحري ( Le droit maritime ) مجموع القواعد

---

Marty et Raynaud, op. cit., No. 44, p. 67. — Roubier, op. cit., (١).  
No. 30, p. 256.



القانونية المتعلقة بالملاحة البحرية • فيعرض للسفينة وما يرد عليها من حقوق باعتبارها وسيلة هذه الملاحة ، وللملاحين القائمين على أمرها وما يحكمهم من عقد العمل البحري بقواعده الخاصة ، ولمسئولية مالك السفينة ، وللائتمان البحري من رهن وامتيياز ، وللنقل البحري وما يتصل به من مسئولية الناقل ، وللتأمين البحري •

وموضوعات هذا القانون ، تجعله — كما هو واضح — فرعاً من فروع القانون الخاص ، وهو المسلم لدى جمهور الفقهاء • ولكن ذلك لم يمنع بعض الفقهاء المعاصرين من محاولة النظر اليه كقانون مختلط ، باعتبار أن ثمة أنظمة وقواعد خاصة بالملاحة تتصل بالقانون العام كذلك ، مثل ما يتعلق بجنسية السفن ، وتنظيم الموانئ والارشاد فيها ، وحرية الملاحة البحرية وسلامتها «<sup>١</sup>» • ولكن الواقع أن مثل هذه القواعد، ان كانت تمس الملاحة البحرية ، فهي أدخل في نطاق بعض فروع القانون العام ، كالقانون الإداري والقانون الدولي العام ، منها في نطاق القانون البحري •

#### ٤٤ - قانون العمل

يقصد بقانون العمل ( droit du travail ) ، مجموع القواعد القانونية التي تحكم العلاقات بين العمال وأرباب الأعمال ، وهذا الفرع من فروع القانون حديث النشأة نسبياً • فقد خلقت الثورة الصناعية ، التي حدثت في العالم عقب استعمال الآلات الحديثة ، طبقة جديدة في المجتمع هي طبقة العمال ، وكان المذهب السائد حينئذ هو المذهب الفردي بما يستتبع من مبدأ سلطان الإرادة • وسرى من بعد ما جره اتباع مثل هذا المذهب وذلك المبدأ من تحكم الأقوياء في الضعفاء واستغلال أرباب الأعمال للعمال باسم الحرية والمساواة في التعاقد والاتفاق • ولم يكن بد أمام ما بدا من هذا التحكم ، وأمام ما أخذ يظهر ويكبر من قوة العمال وخطر ما يملكون من وسائل للدفاع عن حقوقهم ؛ لم يكن بد من أن يكتب النجاح للمذهب



الاجتماعى أو الاشتراكى ، أو بوجه عام للمذاهب التى تقوم على أساس من تدخل الدولة بما يكفل منع انقلاب حرية التعاقد وسلطان الإرادة سلاحا فى يد أرباب الأعمال يشهرونه فى وجه العمال نظرا لما يملكون من قوة اقتصادية جبارة تمكنهم من املاء ما يريدون من شروط .

ولم تلبث حركة التشريع أن نشطت نشاطا موفورا فى التصدي لحكم العلاقات بين العمال وأرباب الأعمال بما يكفل حقوق الطبقة العاملة .  
وانتهى الأمر الى ظهور قانون العمل وتمتعه بكيان مستقل كفرع من فروع القانون « ١ » .

ولم تعرف مصر تشريعات العمل الا بقدر جدد ضئيل فى مطلع القرن الحالى عندما ابتدأ ظهور الصناعة فيها . ثم أتيح لحركة التشريع العمالى أن تنشط قبيل نشوب الحرب العالمية الثانية وأثناءها أمام انتشار الصناعة وازدياد قوة العمال . فصدرت قوانين خاصة بتنظيم تشغيل الأحداث والنساء فى الصناعة ، وتحديد ساعات العمل ، وتنظيم نقابات العمال ، والتعويض عن اصابات العمل والتأمين الاجبارى ضدها . وظلت هذه الحركة التشريعية موصولة مطردة فى العشر سنين الأخيرة ، فتناولت بالتنظيم عقد العمل الفردى وعقد العمل المشترك ، والتوفيق والتحكيم ، والضمان الاجتماعى .

(١) اذا كان تدخل الدولة بقواعد أمرة فى علاقات العمل قد أخذ يكثر كثرة ملحوظة فى الوقت الحالى ، فلا يجب أن يستخلص من هذه الظاهرة — كما سبق البيان — أن قانون العمل يتحول لذلك الى فرع من فروع القانون العام . ولا يجب كذلك القول بأنه قانون مختلط كما يذهب الى ذلك بعض الفقهاء ، استنادا الى أن بعض النظم التى تمس العمل تتعلق بالقانون العام مثل نظام التحكيم فى منازعات العمل ونظام التفتيش على أماكن العمل لمراعاة تنفيذ أحكام القانون فيها .

( انظر فى هذا المعنى : Marty et Raynaud, op. cit., No. 44, )

( Roubier, op. cit., No. 30, p. 257 . — p. 69 . )

ذلك أن هذه النظم تعتبر أدخل فى نطاق القانون الإدارى منها فى نطاق قانون العمل ، فضلا عن أن هذه النظم انما تدور كلها حول المحور الأساسى لقانون العمل ، وهو العلاقة بين العمال وأرباب الأعمال وهى علاقة خاصة يحكمها القانون الخاص .



## ٤٥ - القانون الدولي الخاص

الأساس في القانون الدولي الخاص ( Le droit international privé ) أنه يتصدى لبيان مدى ولاية واختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات في العلاقات ذات العنصر الأجنبي ، ولتحديد القانون الواجب التطبيق في شأنها .

فالقانون الدولي الخاص اذن يفترض وجود علاقات أو روابط قانونية ذات عنصر أجنبي . ذلك أن العلاقات والروابط الوطنية في كل عناصرها لا تثير أى خلاف حول الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي في شأنها ؛ فالولاية القضائية حينئذ لا تثبت الا للمحاكم الوطنية ، والقانون الواجب التطبيق يكون هو القانون الوطنى وحده بقواعده الموضوعية والشكلية . وعلى هذا النحو تكون المحاكم المصرية وحدها هي المختصة ويكون القانون المصرى وحده هو الواجب التطبيق في شأن زواج يعقد في مصر بين مصريين ، وفي شأن بيع يعقد بين مصريين في مصر ويكون واردا على عقار موجود في مصر ، وفي شأن ميراث مصرى يتوفى في مصر عن أموال موجودة فيها .

انما يثور الخلاف بصدد العلاقات والروابط التى يصطبغ أحد عناصرها بصبغة أجنبية ، اذ يقوم التنازع حينئذ بين المحاكم الوطنية والمحاكم الأجنبية على الولاية القضائية في المنازعات الناشئة عنها ، ويقوم التنازع كذلك بين القانون الوطنى والقانون أو القوانين الأجنبية على أيها أحق بالتطبيق في شأنها .

فاذا تم زواج في ايطاليا مثلاً بين مصرى ومصرية ثم نشأ نزاع بشأنه ، هل تكون المحاكم المصرية هي المختصة بنظره باعتبارها محاكم جنسية الزوجين ، أم تكون المحاكم الايطالية هي المختصة باعتبارها محاكم الدولة التى تم فيها عقد الزواج ؟ ؛ واذا ثبت الاختصاص للمحاكم المصرية ، فأى قانون تطبق ؟ هل تطبق القانون المصرى باعتباره قانون جنسية أطراف



العلاقة ؟ ، أم تطبق القانون الإيطالي باعتباره قانون التصرف المنشئ  
لهذه العلاقة ؟ •

وإذا باع المانى مصريا عقارا موجودا فى ايطاليا وتم عقد البيع فى  
مصر ، وثار نزاع بشأن هذا البيع من بعد ، فلأى من المحاكم : المصرية  
أو الألمانية أو الإيطالية ، يثبت الاختصاص بنظره ؟ • وإذا ثبت  
الاختصاص لاحداها ، فأى قانون تطبق ؟ • القانون الإيطالى باعتباره  
قانون موقع العقار محل العلاقة القانونية ؟ • أم القانون المصرى باعتباره  
قانون جنسية المشتري وقانون التصرف المنشئ لهذه العلاقة أى قانون  
الدولة التى عقد فيها عقد البيع ؟ • أم القانون الألمانى باعتباره قانون  
جنسية الطرف الآخر فى العلاقة وهو البائع ؟ •

فكيف يتم حل التنازع على الاختصاص القضائى والاختصاص  
التشريعى بين المحاكم والقوانين المختلفة السيادة بشأن العلاقات والروابط  
ذات العنصر الأجنبى ؟ •

لا توجد فى الواقع قواعد دولية أى عالمية تتصدى لحل مثل هذا  
التنازع حلا موحدا تتبعه كل الدول • وإنما جرى الأمر على استقلال كل  
دولة على حدة بوضع القواعد التى تراها كفيلة بحل هذا التنازع ؛ وهذه  
القواعد هى التى تكون أساسا ما يعرف باسم « القانون الدولى الخاص » •  
وغنى عن البيان أن فى وصف هذه القواعد بصفة الدولية تجوزا كبيرا ؛  
فليست هى بالقواعد المتبعة على شكل موحد فى كل الدول حتى يصدق  
فى شأنها هذا الوصف ، بل هى مجرد قواعد وطنية تستقل كل دولة  
بوضعها ، بحيث يكون لكل دولة قانونها الدولى الخاص المختلف عن  
القانون الدولى الخاص فى أى دولة أخرى ، فهناك القانون الدولى الخاص  
المصرى ، والقانون الدولى الخاص الانجليزى والفرنسى وهكذا •

وقواعد القانون الدولى الخاص فى دولة ما ، إنما تقتصر — فى سبيل  
حل التنازع على الاختصاص القضائى بالمنازعات ذات العنصر الأجنبى —



على تحديد مدى ولاية المحاكم الوطنية في هذا الشأن ، أى تقتصر على مجرد بيان ما اذا كانت هذه المحاكم مختصة أم لا ، فلا تعدو ذلك — في حال عدم اختصاصها — الى تعيين المحكمة أو المحاكم الأجنبية المختصة •

ويختلف الأمر عن ذلك في صدد التنازع على الولاية التشريعية بين القوانين المختلفة السيادة على حكم المنازعات ذات العنصر الأجنبى ، اذ تعتمد قواعد القانون الدولى الخاص فى كل دولة الى تحديد القانون الواجب التطبيق من بين هذه القوانين المتنازعة ، فلا تكتفى بتحديد مدى ولاية القانون الوطنى فى هذا الشأن ، بل تعين — فى حالة عدم ولايته — القانون الأجنبى الواجب التطبيق •

ويطلق على قواعد القانون الدولى الخاص التى تتصدى لحل النزاع بين القوانين بتعيين القانون الواجب التطبيق من بينها ، اسم « قواعد الاسناد » ( Règles de Rattachement ) • وقد جاءت هذه التسمية من طبيعة هذه القواعد ، فهى لا تقوم بحل المنازعات الخاصة بالعلاقات ذات العنصر الأجنبى حلا موضوعيا ، وانما تقتصر على مجرد الاحالة والاسناد فى شأن هذا الحل الى قانون معين من بين القوانين المتنازعة على حكمها • أى أن قواعد القانون الدولى الخاص اذن لا تفصل مباشرة فى المنازعات ذات العنصر الأجنبى ، بل تكتفى بتعيين القانون الواجب التطبيق فى شأنها ، وهو الذى يتضمن وحده الحل الذى ينحسم به موضوعها • فمثلا اذا توفى أمريكى متوطن فى مصر ، وعينت قواعد القانون الدولى الخاص المصرى أو قواعد الاسناد المصرية القانون الواجب التطبيق فى هذا الشأن بأنه القانون الأمريكى ، فلا ينحسم بهذا التعيين النزاع حول تركه الأمريكى المتوفى ، وانما ينحسم هذا النزاع بتطبيق قواعد القانون الأمريكى الموضوعية المتعلقة بالميراث والوصية •

ومن أمثلة قواعد الاسناد المصرية ما تنص عليه المادة ١٢ من التقنين المدلى الجديد من أنه « يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى



قانون كل من الزوجين » ؛ وما تنص عليه المادة ١٥ من أن « يسرى على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون المدين بها » ؛ وما تنص عليه المادة ١٦ من أن « يسرى على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذى تجب حمايته » ؛ وما تنص عليه المادة ١٧/١ من أنه « يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت ، قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته » .

ولئن كان القانون الدولى الخاص يشتمل أساسا على موضوعى « تنازع الاختصاص القضائى » و « تنازع القوانين » ، الا أن كثيرا من الفقهاء قد أدخل فى نطاقه فضلا عن ذلك موضوع « الجنسية » و « وحالة الأجانب » و « الموطن » ، على أساس أن هذه الموضوعات الإضافية ليست الا مسائل أولية بالنسبة للموضوعين الأساسيين . فلا بد من تعرف جنسية أطراف العلاقة القانونية للوقوف على ما اذا كانت هذه العلاقة فى عنصرها الشخصى وطنية أو أجنبية . ولا بد من تعرف مدى ما يباح للأجانب التمتع به من حقوق — اذ يتمتعون غالبا بحقوق أدنى مما يتمتع به الوطنيون — لامكان الحكم لهم بها فى المنازعات التى يكونون أحد أطرافها ، وهى التى تنص على قواعد القانون الدولى الخاص لحل التنازع على الاختصاص القضائى والتشريع بشأنها . وكذلك الشأن بالنسبة للموطن ، فقد يتعين به الاختصاص القضائى أو التشريعى .

وتتفق القواعد القانونية التى تحكم هذه الموضوعات الإضافية مع القواعد التى تحكم الموضوعين الأساسيين فى أنها قواعد وطنية وليست بالقواعد الدولية ، ولكنها تختلف عنها فى أنها قواعد موضوعية فليست مثلها قواعد شكلية أو قواعد اسناد .

ولعل كون الأساس فى قواعد القانون الدولى الخاص هو وجود علاقات خاصة ذات عنصر أجنبى تنص على حل التنازع بين القوانين على



حكمها ، هو الذى يبرر لدى بعض الفقهاء اعتبار هذا القانون فرعاً من فروع القانون الخاص «١»، رغم أن قواعده الخاصة بحل تنازع الاختصاص القضائى وقواعده الخاصة بالجنسية وبعض قواعده الخاصة بمركز الأجانب فى الدولة تتصل اتصالاً وثيقاً بحق السيادة فى الدولة مما تعتبر معه من قواعد القانون العام «٢» .

والواقع أن تعدد موضوعات القانون الدولى الخاص على هذا النحو الذى يأخذ به أغلب الفقهاء رغم اعتبار بعضها دخيلاً عليه ، واتصال هذه الموضوعات بالقانون العام والقانون الخاص على السواء ، قد يرجع النظر الحديث اليه باعتباره قانوناً مختلطاً «٣» .

#### ٤٦ - قانون المرافعات المدنية والتجارية

يقصد بقانون المرافعات المدنية والتجارية (Le droit de procédure civile et commerciale) — فى معناه الواسع — مجموع القواعد القانونية المنظمة للسلطة القضائية من حيث تعيين أنواع المحاكم وتشكيلها واختصاصها وشروط تنصيب قضاتها وواجباتهم وحقوقهم ، والمبينة للإجراءات والأوضاع الواجبة الاتباع فى رفع الدعاوى المدنية والتجارية والفصل فيها وتنفيذ الأحكام الصادرة فى شأنها . ولكن إذا أخذ هذا القانون

(١) انظر فى هذا المعنى :

Batiffol, Traité élémentaire de droit international privé, 1949, No. 22.

(٢) بل ويذهب بعض الفقهاء — فضلاً عن ذلك — الى اعتبار مشكلة « التنازع بين القوانين » مشكلة تتعلق بالقانون العام لأنها فى حقيقتها مشكلة تحديد مدى السيادة التشريعية للدولة ، مما ينتهى بهم الى اعتبار القانون الدولى الخاص برمته وفى كل قواعده فرعاً من فروع القانون العام ( انظر : Niboyet, Cours de droit international privé français, 2e éd., 1949, Nos. 37-45).

(٣) فى هذا المعنى :

Lerebours - Pigeonnière, précis de droit international privé, 4e éd., No. 46. — Roubier, op. cit., No. 30, p. 265.

عز الدين عبد الله ، القانون الدولى الخاص المصرى ، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٤ ، فقرة ٤٦ ، ص ٧٤ . — محمد كمال فهمى ، اصول القانون الدولى الخاص ، ١٩٥٥ ، فقرة ٥٢ ، ص ٥٧ .



بمعناه الخاص أو الضيق ، فإن نطاقه يقتصر على مسائل الاجراءات وحدها ؛ وهو يعتبر على هذا الوجه قانونا شكليا يلزم وجوده لاعمال قواعد القانون المدنى والتجارى الموضوعية •

ولعل اختلاف مدلول هذا القانون ونطاقه بتراوجه بين المعنى الواسع والمعنى الضيق ، هو الذى أوجد اختلافا بينا فى الفقه حول طبيعة هذا القانون وتبعيته لأحد التقسيمين الرئيسيين ؛ فذهب كثير من الفقهاء الى اعتباره من فروع القانون الخاص «١» ، وذهب البعض منهم الى اعتباره من فروع القانون العام «٢» •

ولكن يبدو أن مسائل وموضوعات هذا القانون التى تدخل فى معناه الواسع من التشابك والترابط بحيث لا ينبغى الفصل بينها أو أخذ هذا القانون بالمعنى الضيق وحده • ولذلك يبدو قانون المرافعات المدنية والتجارية على هذا النحو قانونا مختلطا «٣» ، فهو يتعلق بالقانون العام حيث يعرض لتنظيم السلطة القضائية ، وهو يتعلق بالقانون الخاص حيث يعرض لاجراءات استخلاص الحقوق الخاصة وحمايتها •

(١)

: ١٢٦ ؟ ١٢٧ ؟

Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 7. — Ripert et Boulanger, op. cit., No. 65.

عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ٦١ . — عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ١٨٩ . — محمد على عرفه ، المرجع السابق ، ص ٢١٠ . — محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، فقرة ١٠١ .

(٢) انظر :

Riezler, article précité, pp. 134, 135. — De La Gressaye et Laborde — Lacoste, op. cit., No. 151.

وقرب من ذلك :

Morel, Traité élémentaire de procédure civile, 2e éd., 1949, No. 9.

(٣) انظر فى هذا المعنى :

محمد العشماوى ، قواعد المرافعات فى القانونين الاهلى والمختلط ، الجزء الاول ١٩٢٨ ، فقرة ٩ . — أحمد أبو الوقا ، المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٥ ، فقرة ٧ . — محمد على امام ، المرجع السابق ، فقرة ٣٨ ، ص ٩٣ .



# القسم الاول

## النظرية العامة للقاعدة القانونية







## ٤٧ - تقسيم

عرضنا في الباب التمهيدي للقانون كمجموع قواعد السلوك الملزمة للأفراد في المجتمع ، من حيث خصائصه ومدى سلطان ارادة الأفراد ازاءه وأقسامه وفروعه المختلفة . ونستهدف الآن التعرف على الأصول التي تحكم القاعدة القانونية وتهمين عليها أيا كان نوع هذه القاعدة أو منشأها . وذلك يقتضى تتبع القاعدة القانونية في مرحلة تكوينها ثم في مرحلة تطبيقها .

- وبذلك يتضمن هذا القسم فرعين كبيرين :
- الفرع الأول - تكوين القاعدة القانونية .
  - الفرع الثانى - تطبيق القاعدة القانونية .







# الفرع الأول

## تكوين القاعدة القانونية







## مقدمة

### ٤٨ - تمهيد

تبدو القاعدة القانونية أول ما تبدو في صورة تكليف الى الأفراد تتوجه به سلطة تملك التكليف والأمر دون معقب ، وتكفل احترامه سلطة عامة في الجماعة عن طريق ما يتوافر لها من قوى مادية لا تغلب . وتوجيه التكليف من سلطة مختصة آمرة، وكفالة احترامه من سلطة مختصة مجبرة، صفة الشرعية التي تجعل احترامها في ذاتها فرضا على الأفراد ؟

ولكن كيف تتكون القاعدة القانونية الوضعية ؟ . ومن أين تأتيا صفة الشرعية التي تجعل احترامها في ذاتها فرضا على الأفراد ؟ .

هنا يختلف الفقهاء والفلاسفة اختلافا يينا . فبعضهم شكليون لا ينظرون الا الى الشكل الذي تخرج به القاعدة القانونية الى الوجود في صورة ملزمة ، فيرجعون تكون القاعدة القانونية الى السلطة التي اكتسبت هذه القاعدة عن طريقها قوة الالتزام في العمل . ولكن هذا النظر سطحي بحث يتلبث عند الشكل فلا يتشبث بالجوهر ، أى يتعلق بالظاهر فلا ينفذ الى الباطن ليطلع على المادة الأولية المكونة لجوهر القاعدة القانونية . ومن هنا ينبغى التمييز - في تكوين القاعدة القانونية - بين الجوهر والشكل . وتلك تفرقة يعتنقها اليوم جمهور الفقهاء منذ أكدها في مطلع هذا القرن الفقيه الفرنسى « جينى » بفرقتيه بين ما سماه « العلم » (La science) وما سماه « الصناعة » أو « الصياغة » (La technique) . وهو ما ينتهى الى رد تكوين القاعدة القانونية الى نوعين من المصادر : مصادر موضوعية أو مادية من ناحية ، ومصادر شكلية أو رسمية من ناحية أخرى .

(١) المقصود بلفظ « السلطة » هنا المعنى العام الواسع ؛ أى كل جهة تملك حق التكليف بالقواعد القانونية ايا كانت هذه الجهة ؛ فقد تكون هذه الجهة هي الدولة تسن القواعد القانونية عن طريق التشريع ، أو الجماعة عن طريق العرف ، أو القدرة الالهية عن طريق الوحي وباسم الدين .



فنعرض أولا للمذاهب الشكلية في تكوين القاعدة القانونية ، ثم لنقد هذه المذاهب ، وهو ما ينتهي الى استبعادها ، والتفريق بين جوهر القاعدة القانونية وشكلها ، فيرتسم أمامنا — على ضوء هذه التفرقة — نهج البحث في هذا الفرع .

#### ٤٩ — المذاهب الشكلية في تكوين القاعدة القانونية (١)

اكتفى بعض الفقهاء بالنظر المحدود فلم يبصروا من القانون الا صفته لوضعية ، اذ رأوا ما يظهر في الواقع من سلطة تأمر أيا كانت هذه السلطة ، ثم رأوا أن الدولة هي السلطة التي تملك جبر الأفراد على طاعة قواعد القانون ، فقالوا ان القانون هو مشيئة الدولة أو هو بوجه عام مشيئة من له السيادة والسلطان في المجتمع . فالدولة في هذا النظر اذن هي التي تصنع القانون وتخلقه ثم تأخذ الأفراد جبرا باتباعه .

ومن ثم فالقانون ليس الا مجرد تعبير عن ارادة الدولة أيا كانت طريقة هذا التعبير بتشريع مسطور أو بعرف متبع أو بدين ينزل به الوحي . فلا قانون الا ما تعتبره الدولة كذلك اما بأمر يصدر منها صراحة في صورة تشريع أو باقرار منها لأمر جرت به ارادة أخرى كإرادة الله أو ارادة الجماعة ، وكفالتها له بجزاء توقعه على من يخالفه . فالقاعدة القانونية اذن ليست شيئا كامنا في طبيعة الحياة الاجتماعية وما يهيمن عليها من مثل عليها ، ولكنها شيء ظاهر تجرى به ارادة الدولة ومشيتها .

وقد ذهب هذا المذهب في تصور القانون غير قليل من الفقهاء والفلاسفة على اختلاف يسير في الجزئيات لا ينتقص من اتفاقهم على مبدأ

#### (١) راجع في ذلك :

Roubier, op. cit., No. 6, pp. 42-50. — Duguit, op. cit., t. I, § 9, pp. 100-103.

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ١٩ — فقرة ٢٦ ، — سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١٧٨ — فقرة ١٨١ ، — محمد بن غداوي ، المرجع السابق ، فقرة ٢٠ و ٢١ ، — عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ١٦ — فقرة ١٨ . — محمد علي امام ، المرجع السابق ، فقرة ١٥ — فقرة ١٥ .



## رد القانون الى مشيئة الدولة •

( ١ ) مذهب « هيجل » : كان الفيلسوف الألماني هيجل ( Hegel ) — وهو صاحب مذهب تأليه الدولة وتعظيم سلطانها « ١ » على نحو تيممه فيه أغلب الفقهاء الألمان فيما بعد — يرى أن وجود الدولة أمر جوهري لوجود جماعة منظمة ، وهو ما يقتضى أن يتلاشى الأفراد في الدولة ويخضعون خضوعاً تاماً لها • فارادة الدولة هي التي يجب أن تسود ، لتحل النظام في الجماعة محل الفوضى وتعترف للأفراد بحقوقهم ، ووسيلتها الى ذلك وضع قانون للجماعة يلتزم به الأفراد • ولذلك يكون من العبث محاولة إقامة تقابل أو تعارض بين القانون وبين الدولة ، اذ القانون انما هو صنع الدولة وخلقها « ٢ » •

وبذلك يجد القانون أساسه وشرعيته — عند هذا الفيلسوف — من صدوره عن الدولة ، بحيث لا يتصور وجود قانون لا يصدر عن ارادتها أو على الأقل لا يحظى باقرارها ، وبحيث لا يتصور أن يكون للأفراد حقوق الا تلك التي تقرها الدولة وتعترف لهم بها « ٣ » •

واذا كان القانون — على هذا النحو — هو ارادة الدولة في الداخل ، فهو كذلك ارادتها في الخارج بالنسبة الى علاقاتها مع الدول الأخرى • فسيادة الدولة ليست داخلية فحسب ، ولكنها خارجية كذلك ، اذ لا توجد ارادة أعلى من ارادة الدولة حتى تلزمها بسلوك معين أو تجبرها على اتباع هذا السلوك • وحينئذ تعتبر الحرب هي وسيلة الدولة للاجبار القانوني اللازم لكفالة احترام القانون الذي تصنعه في شأن علاقاتها مع الدول الأخرى « ٤ » •

( ٢ ) مذهب « أوستن » : وكذلك كان الفقيه الانجليزي أوستن ( Austin ) لا يرى القانون الا وضعياً تقوم الدولة بوضعه وكفالة احترامه جبراً على

( ١ ) Duguit, op. cit., t. I, § 51, p. 533

( ٢ ) Roubier, op. cit., No. 6, p. 43

( ٣ ) Roubier, ibid.

( ٤ ) Roubier, op. cit., No. 6, p. 44



الأفراد لأنها هي وحدها صاحبة السيادة والسلطان في الجماعة . فجوهر القانون عنده هو أمر توجيه الهيئة الحاكمة الى المحكومين وتردفه بجزاء . ولذلك فالقانون لا يقوم الا في مجتمع سياسى يستند تنظيمه الى وجود طبقتين ، طبقة حاكمة لها حق الأمر دون معقب ، وطبقة محكومة عليها واجب الطاعة لما يصدر عن الطبقة الحاكمة صاحبة السيادة في المجتمع من أوامر وتكاليف . ولا يقوم القانون كذلك الا عندما تملك الطبقة الحاكمة فرض احترام القانون بما لها من قوى مادية جبارة بتوقيع الجزاء على من يخالف عن أمر قواعده «١» .

ومن هنا ، كان انكار أوستن لوضعية القانون الدولي العام «٢» ، حيث لا يوجد في مجتمع الدول هيئة حاكمة لها حق السيادة أو الأمر دون معقب تنزل الدول منها منزلة المحكومين حتى تسن لها من القواعد القانونية ما تأخذها جبرا باحترامه . وكذلك كان انكار أوستن لوضعية القانون الدستوري «٣» ؛ فالدولة ليست مقيدة بأى قيد قانونى يمنعها من مخالفته «٤» ، ولأنها ، وهى تملك سلطان الجزاء ، لا يتصور أن توقعه على نفسها .

(٣) مذهب « كلسن » «(٥)» : ولكن بعض الفقهاء ، مثل الفقيه النمساوى « كلسن » ، ( Kelsen ) ، لا يقنع برد القانون الى مشيئة الدولة واراقتها،

(١) Austin, Lectures on Jurisprudence, or the philosophy of positive Law, fourth edition, 1873, vol. I, pp. 90-100, p. 183.

(٢) Austin, pp. 89, 187, 188

(٣) Austin, pp. 274 - 281

(٤) يراعى أن منطق «أوستن» في هذا الصدد لا يخلو من تناقض . فكما يلاحظ استاذنا الدكتور حسن بغدادى ، « مادام أن القانون في منطق هو مشيئة الدولة ، فكل مخالفة منها لأحكامه تنطوى على مشيئة جديدة تعبر عن قاعدة مستحدثة تنسخ القاعدة التى خولفت . وبذلك تكون مخالفة الدولة لأحكام القانون أمرا مستحيل التصور ... » . ( حسن بغدادى ، المرجع السابق ، ص ٦٧ ، هامش «١» ) .

(٥) راجع في مذهب « كلسن » وما يتفرع عليه خاصة من مبدأ وحدة القانون والدولة :

Kelsen, théorie pure du droit, traduction française, Etre et Penser, 37e. cahier, Neuchâtel, 1953, pp. 154 - 163. — Kelsen, Aperçu d'une =



والبا يخلط خلطا تاما بين القانون والدولة فلا يرى فيها الا شيئا واحدا .  
فالدولة عنده هي نفسها القانون ، اذ هي ليست شخصا معنويا ، ولكنها  
مجموعة من القواعد القانونية . وبذلك لا يعود ثم تعارض أو تقابل —  
في هذا النظر — بين القانون والدولة ، على خلاف الحال في المذاهب  
التقليدية .

واذا كانت الدولة مجموعة القواعد القانونية في الجماعة ، فان هذه  
القواعد ترد الى قاعدة أولية أساسية تكسب منها صفة الشرعية .  
فالقواعد القانونية اذن درجات بعضها فوق بعض ، تأخذ كل درجة صفتها  
القانونية من الدرجة التي تعلوها وهكذا حتى الدرجة العليا .  
ففي الدول الحديثة مثلا ، يرتكز القانون كله على الدستور  
الذي تتدرج تحته القواعد القانونية بعمامة كانت أو فردية . فالتزام  
المشتري مثلا بأداء الثمن ، انما هو خضوع منه لقاعدة قانونية فردية  
يضعها العقد ، والعقد يستمد قوته من نص التشريع الذي يجعله  
شريعة المتعاقدين ، والتشريع يستمد قوته وشرعيته من الدستور  
الذي يخول للسلطة التشريعية حق اصداره ، وما الدولة الا مجموع قواعد  
الدستور ، فالدولة اذن هي النظام القانوني «<sup>١</sup>» .

#### ٥٠ - نقد المذاهب الشكلية واستبعادها

نلاحظ أولا فيما يخص مذهب « كلسن » «<sup>٢</sup>» ، أن القول بوجود

= théorie générale de l'Etat, Revue de droit public et de la science politique  
1926, p. 561, t. s. — Duguit, op. cit., t. I, § 4, pp. 42-65. — Roubier, op.  
cit. No. 7, pp. 50-62.

(١) اذا كانت الدولة مجموعة من القواعد القانونية أي نظاما قانونيا ،  
فلا يعنى ذلك عند « كلسن » أن كل نظام قانوني أو مجموعا من القواعد القانونية  
يعتبر حتما مكونا لدولة . فالنظام القانوني عنده ، لا يعتبر دولة الا بوجود  
هيئات مركزية مختصة بخلق قواعده وتطبيقها عن طريق الاجبار ، وهو مالم  
يتحقق في العمل الا بعد تطور تاريخي طويل .

انظر : Kelsen, op. cit., pp. 156, 158 - 160

(٢) راجع في بسط الانتقادات الموجهة الى مذهب « كلسن » :

Duguit, op. cit., t. I, § 4, pp. 63 - 65 — Roubier, op. cit., pp. 55-62.



قواعد قانونية فردية قول غير مسلم ؛ وقد أظهرنا من قبل عدم صحته ،  
اذ قلنا ان القاعدة القانونية تتميز بالعموم والتجريد .

أما القول بتدرج القواعد القانونية حتى تستند في النهاية الى  
الدستور ، فيترك الدستور في واقع الأمر اما مستندا الى القضاء أو الى  
القوة ، وهو ما لا يمكن للعقل أن يسلم باعتباره أساسا للقانون . ولئن  
قل ان الدستور يستند الى ارادة الأمة كما يقال في الدول الديمقراطية ،  
فلا يكفي ذلك لتبرير شرعية القواعد القانونية ؛ اذ ارادة الأمة وحدها  
لا تكفي أساسا للقانون ، بل ينبغي لهذه الارادة أن توافق أو تستهدف  
مثلا أعلى للعدل والا صارت تحكما ، ولا يخرج من التحكم قانون .

وأيا كان الأمر ، فلسنا نطيل الوقوف عندما ينتهي اليه الأخذ بهذه  
الآراء والمذاهب الشكلية في مجموعها من تحكم الدولة تحكما مطلقا في  
القانون مما يجعل الحكم للقوة التي تتمثل في الدولة تفرض ما تشاء  
استنادا الى أن مشيئتها هي القانون ، أو تتحلل من التقييد بأحكام  
القانون «<sup>(١)</sup>» ؛ فالشطط في ذلك ظاهر اذ ينتهي الأمر الى أن يكون  
القانون في خدمة الدولة تشكله كيف تشاء دون نظر الى حاجات الجماعة أو  
مقتضيات العدل ، لا أن تكون الدولة في خدمة القانون تنقيده بأحكامه  
وتقف حارسا لكفالة احترام قواعده بالقوة المادية ان اقتضى الحال .

ولا نطيل الوقوف كذلك عندما تتفق عليه هذه الآراء من حصر  
القانون في مصدر وحيد هو التشريع ، فذلك نظر محدود يكذبه الواقع  
كما سنرى . بل ان من هذه المصادر ما لا يزال طاغيا على تشريع الدولة في  
بعض المجتمعات أو بالنسبة لبعض فروع القانون ، ففي القانون المصري  
مثلا ما زال المرجع في شئون الزواج والطلاق هو دين الشخص وملته ،  
وفي القانون الانجليزي ما زالت للعرف والسوابق القضائية الغلبة على

---

(١) انظر في هذا المعنى :

Roubier, op. cit., No. 6, p. 47. — حسن بغدادى ، المرجع السابق ، فقرة ٢١ ،  
ص ٦٧ . — سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١٨١ .



التشريع المكتوب ؛ كذلك فلقواعد العرف مقام كبير في نطاق القانون التجاري ودور غير ضئيل في نطاق القانون الدستوري .

ولا يكفي — لدفع هذا الاعتراض — أن يقال ان القانون اذا كان يتولد من مصادر أخرى غير التشريع كالعرف ، فما ذلك الا لأن الدولة تقره وتجزئ تطبيقه ، مما يجعل من هذه المصادر ارادة ضمنية للدولة كما يعتبر التشريع ارادتها الصريحة «<sup>١</sup>» . اذ الواقع أن الدولة اذا كانت تطبق القواعد المتولدة عن هذه المصادر ، فان هذه القواعد لا تعتبر قانونا لذلك ، وانما الصحيح أن الدولة تطبقها لأنها مفروضة عليها باعتبارها قانونا في ذاتها «<sup>٢</sup>» .

ولكننا نريد أن نؤكد أن مذهب رد القانون الى مشيئة الدولة أو مذهب وحدة القانون والدولة انما يأخذ بظاهر الأمر دون التنقيب عما وراءه ، فهو مذهب سطحي يكتفى بما يظهر في الواقع من قيام الدولة غالبا بوضع التشريع واستئثارها بتوقيع الجزاء فيعتقد أن الدولة هي التي تخلق القانون .

والواقع أن وظيفة الدولة تختلف عن ذلك كل الاختلاف ، فهي حين تضع التشريع مثلا انما تعتمد الى التعبير تعبيرا فنيا عما تقضى به حاجة الجماعة وما يسيطر عليها من موجبات عقلية أو مثالية . فالدولة لاتعدو اذن أن تكون مجرد أداة للتعبير عن حاجة الجماعة ومشيتها ، وهي حاجة يحكمها ما تزخر به الحياة الاجتماعية من وقائع وحقائق وما يفرضه العقل من غاية أو هدف لتلك الحياة . وكذلك الأمر فيما يتعلق بالعرف ، فالسنة التي يجرى الناس على اتباعها مع اقتناعهم بالزامها ليست الا تعبيرا عن حاجة من حاجات الجماعة أو تحقيقا لبعض ما تسو اليه من مثل .

(١) Austin, Lectures on Jurisprudence, pp. 103 - 105

(٢) انظر في هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهوري وحشمت ابو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ٢١ ، ص ٣١ . — عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ١٨ ، ص ٣١ . — محمد علي امام ، المرجع السابق ، فقرة ٥٢ ، ص ١٢٠ . — سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١٨١ . — سعد عصفور ، المرجع السابق ص ٧ .



فالمذاهب التي تريد الاكتفاء من القانون في تعرف قواعده بالصورة الوضعية التي يظهر بها ، لا تبلغ في الواقع الا الى تعرف الشكل من هذه القواعد دون الموضوع ، لأنها تقنع بالتثبت من أنها تحمل الطابع الرسمي أى طابع السلطة التي تملك حق التكليف بالقواعد القانونية ، فلا تجاوز ذلك الى التساؤل عن الحاجات والدوافع التي أملت وضع هذه القواعد ولا عن المثل والعوامل التي وجهت اليها وأسهمت بنصيب وافر في تحديد مضمونها «١» . وبذلك تنتهى هذه المذاهب الى قطع الصلة بين القانون والجماعة مما يؤدي الى وقف حركة تطور القانون . وآية ذلك ما جر اليه اتباع مذهب التزام النص في فرنسا في القرن التاسع عشر من جمود القانون نتيجة للجمود في التفسير وتقديس نصوص التشريع ، وفهمها على أنها — وقد تضمنت ارادة الدولة — فلا صلة لها بالحياة الاجتماعية أو بتطورها «٢» .

والواقع أن القاعدة القانونية — كما سبق البيان — هي قبل كل شيء قاعدة اجتماعية ، فلا يمكن فصلها بحال من الأحوال عن البيئة الاجتماعية التي تتكون فيها ، فهذه البيئة بما يحكمها من واقع وما يوجهها من مثل انما تقدم المادة الأولية التي تصاغ منها القاعدة القانونية صياغة تجعلها صالحة للتطبيق في نطاق العمل .

فنظام الزواج مثلا وان كانت تتضمنه قواعد قانونية تشريعية أو عرفية أو دينية ، أى ان كان يقضى به تشريع من تشريعات الدولة أو عرف شائع متبع في الجماعة أو دين يوحى به الله ، هذا النظام لم يفتعل افتعالا ولم يخلق خلقا لأنه ليس الا صياغة أو تعبيراً فنياً عن حقائق الحياة الاجتماعية ومثلها العليا . فانقسام الناس مثلا الى ذكر وأنثى ، وضرورة حفظ النوع الانساني ، وتنظيم العلاقة بين الذكر والأنثى في الجماعة

(١) في هذا المعنى :

Roubier, op. cit., No. 7, pp. 58, 59. — عبد الرزاق السنهوري وحشمت

أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ٢١ ، ص ٣٢ و ٣٣ . — حسن بغدادى ،

المرجع السابق ، فقرة ٢١ ، ص ٦٨ .

(٢) في هذا المعنى : حسن بغدادى ، الموضع السابق .



تنظيماً يكفل الاستقرار ورعاية ما ينتج عن هذه العلاقة من أولاد ، وتكوين الأسرة وهي الخلية الأولى في المجتمع ، كل هذه حقائق ومثل لا توضع القاعدة القانونية أو على الأصح لاتصاغ الا على هداها .

وكذلك فان القواعد التي تحكم نظام الزواج تختلف باختلاف المجتمعات تبعاً لاختلاف المعتقدات والأفكار السائدة في كل مجتمع : فبعض الجماعات ترى التنظيم المثالي للزواج في دوامه أبد الحياة مع زوجة واحدة ، فيأخذ المشرع هذا المثل الأعلى المسيطر على الجماعة ويصوغه بأن يحرم انقضاء عقدة الزواج بالطلاق ، وبأن يضع مبدأ وحدة الزوجة فيحرم تعدد الزوجات . وبعض الجماعات الأخرى تهيمن عليها مثل الحرية وتأبى أن تعتبر الزواج قيداً أبدياً يرسف الزوجان في أغلاله رغم ما قد يجره بينهما من كراهية وبغضاء وشقاء ، فيأخذ المشرع هذا الموجه المثالي ويصوغه في صورة تسمح بإمكان انحلال الزواج عن طريق الطلاق دون انتظار لانحلاله عن طريق الموت . وبعض جماعات أخرى قد تضطرها ظروف تاريخية الى النزول عن المثل الأعلى في وحدة الزوجة ، فيصوغ المشرع ذلك عن طريق اباحة تعدد الزوجات .

#### ٥١ - التفرقة بين المصادر الرسمية او الشكلية وبين المصادر المادية

##### او الموضوعية للقاعدة القانونية وأهميتها

كل أولئك يفصح عن أن القاعدة القانونية التي تخرج الى الناس سوية في شكل تشريع أو عرف أو دين ، ليست بمعزل عن حقائق الحياة الاجتماعية ولا عن المثل المهيمنة عليها، بل ما هي في الواقع الا تعبير أو صياغة للتفاعل الحاصل بين حقائق الحياة الاجتماعية وبين المثل العليا التي تقود الجماعة وتسيطر عليها . فالإكتفاء اذن من هذه القاعدة القانونية في تعريف تكوينها بالشكل الذي تخرج به الى الناس، نظر محدود جامد ينبغي بسطه الى ما يستتر وراءه من عمل صامت خفي يتمثل في عوامل الحياة الاجتماعية الواقعية والمثالية على حد سواء .



وينبنى على ذلك ، أننا وان كنا نصادف في تكوين القاعدة القانونية أول ما نصادف عنصرا شكليا هو الذى يعطيها قوة الالتزام وصلاحيحة التطبيق في نطاق العمل ، الا أن ذلك لا ينبغي أن يلفت عينا وراءه من عنصر موضوعي هو المكون لمادتها وجوهرها .

فالقاعدة القانونية ، كما يذهب الى ذلك أغلب الفقهاء ، لها مصدران : مصدر شكلي أو رسمي (source formelle) ، ومصدر موضوعي أو مادي (source réelle ou matérielle) . وترمز المصادر الرسمية أو الشكلية لطرق التعبير عن القاعدة القانونية ، وترمز المصادر الموضوعية أو المادية لجوهر القاعدة القانونية ، ذلك أن القاعدة القانونية توجد مادة أولية قبل أن تمتد اليها يد القانون الوضعي بالتعبير والصياغة والالتزام في نطاق العمل .

وهذه التفرقة من الأهمية بمكان كبير ، اذ ترتفع بالقانون عن أن يكون مجرد تحكم من السلطات التي تملك التعبير عنه . فهذه السلطات انما تلتزم — في هذا التعبير — ما تقدمه اليها المصادر الموضوعية أو المادية من حقائق الحياة الاجتماعية ومثل العدل فيها . فان جاء التعبير من السلطات المختصة به مجافيا لهذه الحقائق وتلك المثل ، خرج القانون في صورته الوضعية ظالما ، والقوانين الوضعية الظالمة — فيما يحدثنا التاريخ — لا يكتب لها البقاء ، فسرعان ما يمتد اليها الفناء اذ يجرفها تيار التطور أو تيار الثورة . وان جاء التعبير ناقصا أو لم يتح لحقائق الحياة الاجتماعية ومثلها العليا أن تجد طريقها الى التعبير على يد السلطات المختصة بذلك ، لم يكن للقاضي أن يقف مكتوف الذراعين فينكل عن الحكم والا ارتكب ما يسمى بجريمة « انكار العدالة » أو على الأصح جريمة « انكار العدل » ( déni de Justice ) ، وانما عليه أن يستنبط الحكم من هذه الحقائق وتلك المثل أى من المصدر المادي أو الموضوعي للقانون .



فالمصادر الموضوعية أو المادية اذن هي التي تقدم جوهر القاعدة القانونية ، والمصادر الرسمية هي التي تسبغ على هذا الجوهر صفة الوضعية أو الشرعية بما تعطى له من شكل ملزم للناس . أو بعبارة أخرى تفرض المصادر الموضوعية أو المادية على القانون الوضعي جوهر قواعده ، ويصوغ القانون الوضعي هذا الجوهر ويفرضه على الناس عن طريق المصادر الرسمية أو الشكلية .

## ٥٢ - خطة البحث

إذا كان تكوين القاعدة القانونية يرد - على ما سبق من بيان - الى عناصر مادية تفصح عن جوهرها ، والى عناصر رسمية تفصح عن شكلها ، فيكون طبيعيا أن تقسم هذا الفرع الى باين :

الباب الأول - في جوهر القاعدة القانونية .

الباب الثاني - في شكل القاعدة القانونية .







# الباب الأول

## جوهر القاعدة القانونية

٥٣ - تمهيد

المقصود بهذا الباب بيان المادة الأولية التي تتكون منها القاعدة القانونية ، أى الوقوف على ما يسميه الفقهاء المصادر المادية أو الموضوعية للقاعدة القانونية ، اذ هى المصادر الحقيقية التي يستمد منها مضمون القاعدة القانونية .

وقد قدمنا أن القاعدة القانونية انما تستمد جوهرها من حقائق الحياة فى الجماعة ومن المثل المهيمنة على هذه الجماعة . غير أن الفلاسفة والفقهاء يختلفون فى النظر الى جوهر القاعدة القانونية اختلافا بينا . وهذا الاختلاف مرده قصر النظر الى ناحية دون أخرى ، فمدرسة لا تبصر من هذا الجوهر الا المثل الأعلى الذى يكشف عنه العقل ، ومدرسة أخرى لا تبصر منه الا الحقائق الواقعية التي تزخر بها الحياة الاجتماعية .

وهاتان المدرستان مازالتا تتنازعان الانسانية منذ القدم ، واختلافهما فى المبدأ نتيجة لاختلافهما فى الطريقة والمنهج . فالمدرسة المثالية تقوم على أساس التسليم ببديهية أولية لا تقبل النقاش ولا يمكن التدليل عليها ببرهان مادي . والمدرسة الواقعية ترفض كل بديهية لا يقوم عليها دليل علمي ، وتقنع بالمشاهدة والتجربة لكل واقع ملموس محسوس .

ولعل مثلا يوضح الفرق بين المدرستين . فالقاعدة التي توجد فى كل الشرائع بتحريم القتل يختلف أصلها عندهما ، فهذا الأصل عند المدرسة المثالية مثل أعلى للعدل يرد بداهة على العقل ، وهو عند المدرسة الواقعية تسجيل للواقع واستخراج منه ، فالتقاتل بين الناس أدى الى الفوضى



فى الجماعة وأوشك أن يودى بها الى الفناء فلم يكن بد من  
تحريم القتل •

غير أن كلا من المدرستين يسرف فى الناحية العكسية للآخر اسرافا  
يحصر النظر الى القانون فى زاوية واحدة • ومن هنا ، كان لابد للاحاطة  
بجوهر القانون من بسط النظر الى زواياه جميعا ، وهو ما لا يتأتى الا  
بالجمع بين فقه ونهج المدرسة المثالية والمدرسة الواقعية على السواء ؛  
وهذا ما انتهى اليه جمهور الفقهاء اليوم •

ولذلك تقسم هذا الباب الى فصول ثلاثة :

الفصل الأول - فى المدرسة المثالية •

الفصل الثانى - فى المدرسة الواقعية •

الفصل الثالث - فى الجمع بين فقه المدرسة المثالية والمدرسة الواقعية •



# الفصل الاول

## المدرسة المثالية

L'école Idéaliste

تكاد تنحصر هذه المدرسة في مذهب القانون الطبيعي ، الذي لم يثر مذهب مثل ما أثاره هذا المذهب من جدل وخلاف ؛ فنعرض لفقهاءه وتطوره فيما يلي :

### § مذهب القانون الطبيعي \*

La Doctrine ou L'école du droit naturel

٥٤ - تمهيد

راودت الفلاسفة منذ قديم فكرة وجود قانون أعلى من القوانين

### \* المراجع :

Alexeiev, Le droit naturel, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1934, Nos. 1-2, pp. 135-164. — Beudant, Le droit individuel et l'Etat, 3e éd., Nos. 18 - 93. — Beudant et Béquignon - Lagarde, op. cit., Nos. 17-23. — Capitant (H.), op. cit., Nos. 7-9. — Charmont, La renaissance du droit naturel, 2e éd., 1927. — Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, Nos. 64-93. — Dabin, Théorie générale du droit, Nos. 201-216. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., Nos. 31-37; 50-78. — Del Vecchio, op. cit., pp. 36-128; 421-446. — Draghicesco, philosophie du droit et droit naturel, Arch. de phil. du droit, 1935, Nos. 1-2, pp. 243-286. — Du Pasquier, op. cit., Nos. 219-250; 283-294. — Le Fur, Droit naturel et réalisme, Arch. de phil. du droit, 1931, Nos. 1-2, pp. 225-230. — Luno Pena, Essai critique sur les notions de Loi Eternelle et de Loi Naturelle, Arch. de phil. du droit, 1936, Nos. 1-2, pp. 92-131. — Marty et Raynaud, op. cit., Nos. 9-13; 25. — Richard, Le droit naturel et la philosophie des valeurs, Arch. de phil. du droit, 1934, Nos. 1-2, pp. 7-24. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, 1956, Nos. 21-28. — Rommen, Le droit naturel, Traduction française, 1945. — Roubier, op. cit., Nos. 11-12, pp. 92-106; No. 16, pp. 144-153. — Saleilles, Ecole historique et droit naturel, Revue trimestrielle de droit civil, 1902, pp. 80-112.

Cairns, Legal philosophy from Plato to Hegel, 1949. — Friedmann, Legal theory, 1944, pp. 18-62.

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ٢٩ - فقرة ٣٥ ، فقرة ٣٩ و ٤٠ . - حسن بغدادى ، المرجع السابق =



الوضعية ، قانون ثابت أبدى صالح لكل زمان ومكان لأنه انما يصدر عن طبيعة الأشياء . تلك الفكرة في بساطة تعبيرها عن نزعة الانسان الى الكمال هي التي عبر عنها مذهب القانون الطبيعي .

غير أن هذا المذهب ، وان احتفظ بجوهر تلك الفكرة على اختلاف العصور منذ القدم ، الا أن مضمونها لم يثبت على حال واحدة فتناوله التعديل والتبديل دفعا لما تعرضت له الفكرة ذاتها من تجريع وتقد مرير . وكذلك فان هذه الفكرة تقاذفتها الغايات المختلفة ، فبدات فكرة تأمل فلسفية ، ثم صارت فكرة دينية ، ثم لم تلبث أن تحولت الى فكرة قانونية ، ثم اتخذها فلاسفة السياسة أداة لزلزله الضغيان فمهدوا بها للشورة الفرنسية ولما أعلنته من حقوق الانسان الطبيعية . على أن ذلك دفع بالفكرة الى منزلق خطر اذ صبغها بصبغة فردية صارخة ، فمكن للخصوم منها، فتواتر زما ثم عادت في أعقاب القرن الماضي ومطلع هذا القرن تطل على الناس في زى جديد يجعلها أدنى للقبول وأثبت للنقد .

#### ٥٥ - القانون الطبيعي عند اليونان

فكرة القانون الطبيعي اذن فكرة عريقة في القدم ، يردها الكثيرون الى اليونان . غير أنه ينبغي الحذر في تقبل ذلك على اطلاقه ، ففلاسفة اليونان كانوا يحملون للدولة ولقوانينها الوضعية تقديسا كبيرا باعتبار أن الدولة تمثل سلطان الخير «<sup>١</sup>» ، ومن هنا لانجد في آثارهم فكرة القوانين الوضعية الظالمة التي لاتجب طاعتها على الفرد .

ورغم ذلك فان فكرة القانون الطبيعي توجد متناثرة عند بعض

---

== فقرة ١٤، ص ٤٢-٤٩ . - سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١٥٩ - فقرة ١٧٠ . - عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ٢٢ - فقرة ٣٢ . - محمد علي امام ، المرجع السابق ، فقرة ٥٧ - فقرة ٦٤ . - محمد علي عرفه ، المرجع السابق ، ص ٢١-٢٨ . - محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، فقرة ١٥ - فقرة ٢١ .

Del Vecchio, op. cit., pp. 41-43; 45-46. — Roubier, op. cit., (١)



شعراء اليونان ، فيتكلمون عن قوانين خالدة أبدية لم تكتب وليس الى محوها من سبيل «<sup>١</sup>» .

وقد عرف الفيلسوف سقراط هذه القوانين كذلك وفرق بينها وبين قوانين الدولة الوضعية ، ولكنه أوجب الطاعة للقوانين الوضعية حتى ولو كانت ظالمة ؛ فقد كان يخشى ان علقت الطاعة على موافقة القوانين الوضعية للقانون الطبيعي ، أن يذهب الأمر ببعض الناس الى عصيان القوانين الوضعية العادلة «<sup>٢</sup>» .

ثم تقدمت الحياة باليونان فظهر فيهم ما يعرف بمذهب « الرواقية » (le Stoicisme) الذي كان يرى المثل الأعلى للحكيم في التحرر من كل المؤثرات الخارجية بما فيها اجبار الدولة ، والخضوع للقانون الطبيعي الذي يحكم العالم كله ويلزم الجميع ، والذي يعلو سلطانه على سطان القوانين الوضعية التي تضعها الدولة وتطبقها باعتباره قائما على وحدة الطبيعة الانسانية «<sup>٣</sup>» . ومن هنا نرى النزعة الفردية تطل برأسها من ثنايا هذا المذهب «<sup>٤</sup>» .

#### ٥٦ - القانون الطبيعي عند الرومان

وقد انحدر مذهب الرواقية الى الرومان فيما انحدر اليهم من مذاهب اليونان الفلسفية ، فتأثروا بنزعته الفردية كما تأثروا بفكرته في وجود قانون طبيعي .

(١) أنظر قول «سوفوكليس» على لسان «أنتيجون» اذ تخاطب «ريون» مجاهرة ومبررة مخالفتها أمره بمنع دفن أخيها «بولينيس» : « ما أرى أن أمورك قد بلغت من القوة ، بحيث تجعل القوانين التي تصدر عن رجل أحق بالطاعة والاذعان من القوانين التي تصدر عن الآلهة الخالدين ، تلك القوانين التي لم تكتب والتي ليس الى محوها من سبيل . لم توجد هذه القوانين منذ اليوم ولا منذ أمس ، هي خالدة أبدية ، وليس من يستطيع أن يعلم متى وجدت . . . » ( طه حسين ، من الأدب التمثيلي اليوناني ، سوفوكليس ، ١٩٣٩ ، ص ١٨٨ و ١٩٨ ) .

(٢) Del Vecchio, op. cit., p. 40. — Roubieé, op. cit., No. 11, p. 94. —

Rommen, op. cit., p. 29.

(٣) Del Vecchio, op. cit., pp. 50, 51. — Roubier, op. cit., No. 11, p. 94.

(٤) Roubier, op. cit., No. 11, p. 95.



فنجده « شيشرون » (Ciceron) يعتقد بوجود عدل أعلى من النظم والقوانين الوضعية ، بوجود قانون ثابت خالد موافق للطبيعة وللعقل القويم ، ينطبق على الناس كافة ولا يتغير في الزمان ولا المكان ، هو القانون الحق «<sup>١</sup>» . ونجد عند الفقيه « بول » (Paul) مثل هذا النظر من وجود قانون ثابت سابق على وجود القوانين الوضعية ، ليس من عمل الانسان لأن الطبيعة والعقل هما اللذان يفرضانه .

ويعتقد كذلك الفقيه « جايوس » (Gaius) بوجود قانون مشترك بين جميع الناس لما له من صفة عقلية طبيعية ، فهو اذن قانون عالمي أو ماسمونه « قانون الشعوب » (Gus gentium) «<sup>٢</sup>» . وينبغي التنبيه الى أن الرومان كانوا يعرفون تحت هذا الاسم كذلك القانون الذي كان ينطبق على علاقات الأجانب بعضهم مع بعض أو بينهم وبين الرومان ولكن هذا القانون لا يعدو أن يكون قانونا وضعيا يختلف عن القانون الطبيعي الذي يصدر عن طبيعة الأشياء ويستخلصه العقل . ولذلك كان « قانون الشعوب » في المعنى الوضعي يعرف نظام الرق ويقره ، بينما كان ينكره « قانون الشعوب » بمعناه كقانون طبيعي «<sup>٣</sup>» .

غير أن بعض الفقهاء عند الرومان ، مثل الفقيه « ايلبيان » (Ulpian) (

---

(١) انظر قول « شيشرون » في ذلك : « انه قانون حقيقي وعقل قويم ، موافق للطبيعة وشائع لدى الجميع ، مستقر خالد ، يدعو الى ما يجب علينا فعله بالامر به ويلفت عن الشر بتحريمه ، وان يكن مع ذلك — وامره أو نهيه ليس دون جدوى بالنسبة الى الأخيار — لا يغير — بأوامره أو نواهيه — الاشرار . وانه من النظام الالهي ان لا يمكن التصدي لنسخ هذا القانون أو الخروج عليه . . . ولا نستطيع بقرار من مجلس الشيوخ أو الشعب ، الاعفاء من طاعته . وهو ليس في «روما» غيره في «أثينا» ، وليس اليوم غيره في الغد ، ولكنه قانون واحد أزلي ثابت ، لكل الشعوب وفي كل الأزمان . . . ومن لم يطعه ، فانه يهرب من نفسه ، ويستشعر — لانكاره طبيعة الانسان — العذاب الأكبر ، حتى ولو أفلت مما يعتبر عقوبات في عرف الناس » .

[Cicéron, cité par Senn, De la Justice et du droit, 1927, p. 61, note (١) ] .

(٢) Roubier, op. cit., No. 11, p. 96

(٣) Senn, op, cit., pp. 73-79. — Beudant, op. cit., No. 35, pp. 55-56. —

Roubier, ibid. — Del Vecchio, op. cit., pp. 55, 56,



صرفوا اصطلاح « القانون الطبيعي » عن مدلوله ، فقصدوا به ذلك القانون الذى يهيم على نشاط الكائنات الحية جميعا من انسان وحيوان «<sup>١</sup>» . وواضح أن فى هذا النظر خلطا بين القانون باعتباره قاعدة سلوك اجتماعية وبين القوانين أو النواميس الطبيعية «<sup>٢</sup>» .

#### ٥٧ - القانون الطبيعي عند الكنسيين فى القرون الوسطى

ثم مالبت فكرة القانون الطبيعي أن اصطفت بصبغة دينية فى العصور الوسطى فتطورت هذه الفكرة فى كنف الكنيسة المسيحية حتى صار القانون الطبيعي هو ذلك القانون الالهى الذى يسمو على القانون الوضعى . وهو — وان كان كما عرفه اليونان والرومان قانونا خالدا ثابتا لا يتغير — ، الا أن الله هو الذى يلهمه باعتبار أن الله هو خالق الطبيعة . وقد أرادت الكنيسة بتحويل فكرة القانون الطبيعي الى فكرة دينية أن تمكن لسلطان البابا على سلطان الملوك ، أى أن تمكن للسلطة الروحية من السلطة الزمنية فتخضع سلطان الدولة لسلطان الكنيسة .

غير أن القانون الطبيعي وان غلبت عليه الصبغة الدينية فى هذه الآونة ، الا أن ذلك لم ينتقص من الصبغة العقلية التى لازمتها على عهد اليونان والرومان . فلئن كان القانون الطبيعي عند فقهاء الكنيسة هو ذلك

---

(١) Del Vecchio, op. cit. p. 54.

وانظر فى هذا المعنى ما جاء فى « مدونة جوستينيان » من أن « القانون الطبيعي هو السنن التى ألهمتها الطبيعة لجميع الكائنات الحية . انه ليس مقصورا على الجنس البشرى ، بل هو سار فى جميع الأحياء ، مما يحوم فى الهواء ، أو يدب فى الأرض ، أو يسبح فى الماء . من هذا القانون سنة اتحاد الذكر بالأنثى مما اصطللحنا نحن الأدميين على تسميته بالزواج . ومنه أيضا سنة التناسل وتربية الأولاد . والمشاهدة دالة على أن كل الكائنات الحية كأنها مدركة هذا القانون » . ( عبد العزيز فهمى ، مدونة جوستينيان فى الفقه الرومانى ، ١٩٤٦ ، ص ٦ ) .

(٢) ولعل هذا هو السبب فى اطلاق اصطلاح « قانون الشعوب » (Jus gentium) على القانون الطبيعي الخاص بسلوك الانسان رغم ما يعنيه هذا الاصلاح أصلا من معنى آخر وضعى ، وذلك تمييزا له عن اصطلاح « القانون الطبيعي » (Jus naturale) الذى ينصرف فى معناه الواسع الى القواعد الموافقة للطبيعة التى تحكم كل الكائنات الحية . ( انظر : 82, 83 ; 77, 78 ; Senn. op. cit., pp. 77, 78 ; 82, 83 ) .



القانون الذى نقشه الله على قلب كل انسان ، الا أن الانسان لا يجد هذا القانون أو يدركه الا بعقله .

ومن هنا يفهم منطق فقهاء الكنيسة — وخاصة القديس « توماس الأكوينى » (Saint Thomas d'Aquin) — فى تقسيم القانون الى درجات ثلاث بعضها فوق بعض : فأعلاها هو « القانون الالهى » أو « القانون الأزلى » الذى يحمل مشيئة الله ، وهو مسألة ايمان واعتقاد لا مسألة عقل واستدلال ، فلا يدركه الا الراسخون فى الايمان الذين أضاء الله بصيرتهم بنوره . ومن تحته « القانون الطبيعى » الذى هو منتهى ما يدركه العقل من أصول القانون الالهى . وأسفل من ذلك يوجد القانون الوضعى وهو ما يستخرج من قواعد القانون الطبيعى «<sup>١</sup>» .

واذا خالف القانون الوضعى عن قواعد القانون الطبيعى فالطاعة واجبة رغم ذلك للقانون الوضعى ، لأن النفع العائد من الطاعة — وهو الاستقرار والأمن فى المجتمع — أكبر من الضرر الناتج عن العصيان ؛ وفى ذلك تغليب للصالح العام على الصالح الخاص ، وهو ما يتفق مع أصول القانون الطبيعى . ولكن الطاعة للقانون الوضعى لا تجب ان خالف عن أمر القانون الالهى «<sup>٢</sup>» .

ومن هنا يبدو تطور سياسة الكنيسة . فبعد أن كانت الكنيسة فى عهد المسيحية الأولى تفصل فصلاً تاماً بين السلطان الدينى والسلطان المدنى، وتعتبر عما لكل من السلطنتين من نطاق نفوذ مستقل فى قولتها المشهورة « أعط ما لقيصر لقيصر وما لله لله » «<sup>٣</sup>» ؛ أضحت فى القرون الوسطى

(١) انظر فى ذلك :

Beudant, op. cit., No. 44, p. 72. — Del Vecchio, op. cit., pp. 61, 62 — Du Pasquier, op. cit., No. 223. — Roubier, op. cit., No. 11, p. 99. — Friedmann, p. 28. — Cairns, pp. 175-184.

(٢) انظر :

Del Vecchio, op. cit., p. 62. — Roubier, ibid. — Du Pasquier, ibid. — Rommen, op. cit., pp. 76-77. — Friedmann, p. 29.

Beudant, op. cit., No. 40. — Del Vecchio, op. cit., p. 57. — (٣) Roubier, op. cit., No. 11, p. 97.



تخضع السلطان المدني للسلطان الديني ، فلا طاعة للقانون الوضعي في معصية القانون الالهي ، وهو ما يختلط معه القانون الطبيعي في فقه الكنيسة اختلاطا بينا كما رأينا .

#### ٥٨ - الدعوة الى سيادة الدولة المطلقة في القرن السادس عشر ، وانتكار فكرة القانون الطبيعي نتيجة لذلك

غير أن انقضاء العصور الوسطى كان مؤذنا بزوال عهد الاقطاع وبدء تكون الدول الحديثة ، فظهر مبدأ سيادة الدولة وهو ما أطاح بسيادة الكنيسة وسلطانها . وغالى بعض الكتاب في الدعوة الى هذا المبدأ مغالاة لعل مرجعها الرغبة في التمكين لفكرة الوطنية والاستقلال . وهذه المغالاة نجد صداها في القرن السادس عشر عند كاتبين شهيرين هما « مكيا فيل » (Machiavel) (١٤٦٩-١٥٢٧) و « بودان » (Bodin) (١٥٣٠-١٥٩٦) .

«مكيا فيل» في كتابه «الأمير» يضع صاحب السلطان فوق الأخلاق وفوق كل مثل أعلى ، فيخول له التوسل بكل ما يؤيد سلطانه سواء عن طريق القوة أو الحيلة أو الخداع ، اذ الغاية - كما يقول - تبرر الوسيلة، والقوة تكون عادلة مادامت ضرورية «١» .

و « بودان » يدعو الى سيادة الدولة مطلقة ، وفي سبيل ذلك

---

(١) انظر في ذلك قول « مكيا فيل » ، ان الأمير « يجب أن يكون ثعلبا وأسدا في نفس الوقت . لأنه ان لم يكن الا أسدا ، فلن يبصر الشراك . وان لم يكن الا ثعلبا ، فلن يحمي نفسه من الذئاب . فهو بحاجة الى أن يكون ثعلبا لتعرف الشراك ، وأسدا لاختافة الذئاب » . وقوله ان الأمير « يجب على قدر ما يستطيع أن لا يستعد عن طريق الخير ، ولكنه يجب أن يعرف - عند الحاجة - كيف يسلك مسلك الشر » . وقوله : « يجب أن يفكر الأمير في الحفاظ على حياته وعلى دولته ، فانه ان ينجح ، فان كل الوسائل التي يمكن قد اتخذها الى ذلك سيحكم عليها الناس بأنها شريفة محمودة ، اذ العامة مأخوذة دائما بالمظهر » .

راجع في الاشارة الى هذه المقتطفات من اقوال « مكيا فيل »

[ Chevallier (Jean-Jacques), Les grandes œuvres politiques de Machiavel à nos jours, 1949, pp. 27-29 . ]



يحل صاحب السلطان من الخضوع للقوانين التي يفرضها على رعاياه ، اذ ما دام هو مصدر القانون فانه يصير بذلك فوق القانون ، فليس ما يلزمه قانونا قبل الأفراد ، وان يكن ملتزما قبلهم بمجرد التزامات أخلاقية ، ومن هنا ليس للأفراد الحق في مطالبتة باحترام هذه الالتزامات «١» .

وقد كان من أثر هذه المغالاة في تصور فكرة السيادة توارى فكرة القانون الطبيعي ، وطغيان الدولة على حريات الأفراد وحقوقهم في الداخل ، وتحكم القوة في تنظيم العلاقات بين الدول ذات السيادة في الخارج . ومن هنا بدت الحاجة مرة أخرى الى فكرة القانون الطبيعي كوسيلة تذود عن حقوق الأفراد وحرياتهم طغيان الدولة ، وتخضع علاقات الدول فيما بينها للعدل لا للقوة .

#### ٥٩ - تبلور فكرة القانون الطبيعي كمذهب على يد جروسيوس

وقد وجدت هذه الفكرة طريقها الى الظهور والتبلور على شكل مذهب واضح المعالم والحدود في النصف الأول من القرن السابع عشر على يد الفقيه الهولندي « جروسيوس » ( Grotius ) ( ١٥٨٣-١٦٤٥ ) ، الذي كان له الفضل في ابراء القانون الطبيعي مما أسبغته عليه الكنيسة في القرون الوسطى من صفة دينية ، فحرر القوانين الوضعية بذلك من رجال الدين «٢» . ثم اتخذ من هذا القانون الطبيعي وسيلة لتوجيه القوانين الوضعية وجهة العدل ، فحررها بذلك من تحكم الدول وأصحاب السلطان فيها . ثم ذهب الى اقامة العلاقات بين الدول على أساس القانون الطبيعي في السلم والحرب على السواء ، فأخرج بذلك الى الوجود فكرة القانون

---

(١) أنظر في آراء « بودان » :

Chevallier, op. cit., pp. 38-51. — Roubier, op. cit., No. 12, pp. 100-101.  
— Del Vecchio, op. cit., pp. 72-74. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 11.  
— Du Pasquier, op. cit., No. 227.

(٢) Charmant, op. cit., p. 17.



الدولي العام بمعناه الحديث ، وأقامه على أساس متين من وجوب احترام الاتفاقات والمعاهدات الدولية ، وتنظيم العلاقات بين الدول المتحاربة تنظيماً قانونياً .

فالقانون الطبيعي عنده هو قبل كل شيء قواعد عقلية للعدل مستخرجة من طبيعة الأشياء ، هو ذلك القانون الذي يفرضه ويستخلصه العقل القويم من طبيعة الإنسان مبيناً العدل من الظلم . وهو باعتباره وليد العقل ووليد الطبيعة يكسب منها صفة الوحدة والثبات والخلود فلا يتغير بتغير المكان ولا بتغير الزمان ؛ والله نفسه لا يملك بذلك تغييره ، لأنه ليس بالذي يغير المعقول أو الطبيعي «<sup>١</sup>» . فالقانون الطبيعي اذن لما يحدد بجهد العقل مضمون القاعدة القانونية ، وما وظيفة السلطة العامة في الجماعة الا اعلان أن هذه القاعدة — التي حدد مضمونها القانون الطبيعي — قاعدة ملزمة مجبرة . ومن هنا كان وجوب استناد القانون الوضعي الى أساس من مسلمات العقل الموافقة لطبيعة الأشياء «<sup>٢</sup>» . وما دام أنه يوجد قانون مستخلص من الطبيعة ومن العقل يسبق القوانين الوضعية ويعلو عليها ، فلا محيص من التسليم بأن العقل يفرض وجود حقوق لصيقة بالإنسان تولد معه لأن طبيعته تحتّمها لتمكينه من القيام بما يشاء من نشاط مشروع ، تلك هي الحقوق الطبيعية أو الحقوق الفردية أو حقوق الإنسان . فهذه الحقوق اذن مبدأ أساسى من مبادئ القانون الطبيعي لا تستطيع القوانين الوضعية أن تتجاهله ، بل ان مهمة هذه القوانين هي تأمين التمتع بهذه الحقوق وكفالاته لكل من الأفراد «<sup>٣</sup>» . وتلك نزعة فردية واضحة تركز القانون في الإنسان أو في الفرد ، وتقصر دوره على حماية ما تدعيه له من حقوق طبيعية ثابتة له منذ الأزل بمقتضى طبيعته البشرية .

غير أن فكرة القانون الطبيعي وان يكن قد أتيح لها البروز مع

(١) Beudant, op. cit., No. 60, p. 94. — Du Pasquier, op. cit. No. 228.

(٢) Roubier, op. cit., No. 12, p. 104.

(٣) انظر :

Beudant, op. cit., No. 60, p. 95. — Roubier, op. cit., No. 12, pp. 105, 106.



الوضوح والاستقلال على يد جروسيوس ، الا أن هذه الفقيه رغم ما نادى به من وجود قانون أعلى للعدل يستخلص بجهد العقل فيسمو بذلك على القوانين الوضعية ، لم يستطع أن يتحرر من تأثير عصره فأقر ما كان قائما حينذاك من نظام الرق وحق الفتح ، بل وبرر ذلك بأن الحرية ، وان تكن في طليعة حقوق الانسان الطبيعية ، الا أنه يمكن النزول عنها بمقتضى عقد ، كما يمكن فقدانها بالانهازم أو الأسر في حرب «<sup>١</sup>» ؛ وذلك تبرير واه يناقض المبدأ الذى وضعه من وجود قانون مستمد من طبيعة البشر يسمو على القانون الوضعى •

#### ٦٠ - رواج مذهب القانون الطبيعى وتطرفه في القرنين السابع عشر

##### والثامن عشر

ومهما يكن من أمر ، فان فكرة القانون الطبيعى قد أتيح لها في القرنين السابع عشر والثامن عشر حظ كبير من الذيوع والانتشار والتحرر من مؤثرات العصر ، فلم يعد أنصارها يبررون - كما فعل جروسيوس - بعض الأنظمة الظالمة في القوانين الوضعية كحق الفتح ونظام الرق ، بل اطرد منطقهم بضرورة الغاء مثل هذه النظم لمخالفتها للقانون الطبيعى •

غير أن فكرة القانون الطبيعى قد أتيح لها في هذين القرنين فوق ذلك أن تصبح فكرة قانونية ، بعد أن كانت فكرة فلسفية في العصور الأولى ، وفكرة دينية في العصور الوسطى «<sup>٢</sup>» • فأصبح ينظر الى هذه الفكرة لا باعتبار أنها تتضمن موجهات كلية مثالية يستخلصها العقل من طبيعة الأشياء ويلتزم المشرع باحترامها في القوانين الوضعية ، ويلتزم القاضى كذلك باستهدائها واستلهاها ان قصرت القوانين الوضعية عن البصر بكل ما قد يعرض في العمل من فروض متباينة ، بل أصبح ينظر اليها باعتبار

---

(١) أنظر :

Charmont, op. cit., pp. 18, 19. — Beudant, op. cit., No. 61, pp. 95, 96.

Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, No. 68, p. 271. (٢)

Roubier, op. cit., No. 12, p. 103.



أنها تتضمن قواعد جزئية تفصيلية تواجه كل ما يعرض في العمل من حالات وتجد له الحل العادل المعقول «١» .

فالقانون الطبيعي اذن قد أصبح عند كثير من كتاب القرنين السابع عشر والثامن عشر قانونا أو تشريعا نموذجيا كاملا أى يحوى لكل وضع من الأوضاع أو نظام من الأنظمة القواعد النموذجية التي يجب أن تحكمه، وبذلك يقتصر عمل المشرع على تحويل هذه القواعد النموذجية الى قواعد وضعية وإزالة الفروق بين القوانين الوضعية القائمة وبين القانون الطبيعي أى بين الصورة والأصل «٢» . ومنطق هذا النظر يؤدي الى اعتبار أن القانون الوضعي يتضمن جزءا كبيرا من قواعد القانون الطبيعي هي التي يستعيرها منه ويسبغ عليها صفة الوضعية أو صفة الالتزام . وبعبارة أخرى يعتبر من القانون الطبيعي كل ما يوجد في القانون الوضعي من قواعد توافق العقل وتقضى بها طبيعة الأشياء ، بل كل ما يوجد فيه من قواعد ترمى الى مثالية القانون الوضعي والسمو بأحكامه .

وظاهر أن في هذا النظر خلطا بين فكرة القانون الطبيعي في ذاتها وبين ما يعتمد اليه المشرع من فرض حلول لمشاكل الحياة الاجتماعية بالتطبيق على هذه الفكرة أو باستيحائها . وكذلك فإن هذا النظر يناقض القول بأن القانون الطبيعي قانون عالمي ، ثابت خالد لا يتغير في الزمان والمكان ، فإن العقل الانساني الذي يستخلصه لا يبلغ من قدره مبلغا يمكنه من وضع مجموعة كاملة من القواعد النموذجية التفصيلية تصلح لمواجهة جميع دقائق الفروض العملية في كل زمان ومكان ، فهذه الفروض تختلف بحسب الزمان والمكان، وما يوضع لها من حلول لا يقل عن ذلك اختلافا .

#### ٦١ - القانون الطبيعي والعقد الاجتماعي

وأيا كان الأمر ، فإن فكرة القانون الطبيعي قد عاصرتها وزاحمتها

(١) Roubier, op. cit., No. 12, p. 104

(٢) Capitant, op. cit., No. 7, p. 33. — Dabin, op. cit., No. 68, pp. 271, 272.

Roubier, op. cit., No. 12, p. 104.



طوال القرنين السابع عشر والثامن عشر فكرة أخرى هي فكرة العقد الاجتماعي (Le contrat social) . والأصل في خلق هذه الفكرة هو الرغبة في تبرير شرعية السيادة في الدولة . من أجل ذلك تلقفها أنصار الحرية وأنصار الاستبداد على السواء واتخذوها مطية لتأييد اعتقاداتهم المتعارضة . ومضمون هذه الفكرة القول بوجود اتفاق تواضع عليه الناس بتركيز السلطة في يد شخص أو هيئة يكون لها حق الأمر دون معقب للخروج بذلك من عهد الفطرة الى عهد المجتمع المنظم . غير أن هذا العقد الاجتماعي قد اختلف تصور أطرافه ومضمونه لدى الكتاب اختلافاً بالغ الأثر في تحديد مدى سيادة صاحب السلطان في المجتمع .

فالكاتب الانجليزي هوبز (Hobbes) (١٥٨٨ — ١٦٧٩) (١) يرى هذه السيادة مطلقة لا تحدّها حدود أو قيود ، اذ أن الأفراد تنازلوا بمقتضى العقد الاجتماعي عن كل ما كان لهم من حريات وحقوق في عهد الفطرة ووضعوها بين يدي السلطان . ذلك أن عهد الفطرة (L'état de nature) كان هو عهد الفوضى الذي تحكمه الأنانية والغرائز المنطلقة ويسود فيه منطق القوة ، حيث تقود الحرية المطلقة المتروكة للجميع الى حرب مستمرة لا تنقطع بينهم . وتلك حال تعسة لا يمكن أن تدوم والا انتهت بالنوع البشري الى الفناء . لذلك لم يكن بد من أن تدفع الناس غريزتهم في البقاء والدفاع عن النفس ، الى محاولة الخروج من هذا العهد الفطري التعس الى عهد أفضل نظامي ، عن طريق عقد يتضمن تنازل كل فرد عما كان له في عهد الفطرة من حرية مطلقة دون حدود .

وهو تنازل لا يتصور الا كاملاً وغير مشروط ، والا أتيح للفوضى الفطرية أن تعود من جديد . وهو كذلك تنازل لا رجعة فيه ، فلا يستطيع الناس أن يستردوا من السلطان ما أعطوه ، ذلك أنه لم يكن طرفاً في

(١) راجع في مذهب « هوبز » بصفة خاصة :

Cairns, Legal philosophy from plato to Hegel, pp. 246-271. — Chevallier, op. cit., pp. 52-69. — Del Vecchio, op. cit., pp. 83-85. — Beudant ,op. cit.; No. 66. — René Capitant, Hobbes et L'Etat totalitaire, Arch. de phil. du droit, 1936, No. 1-2, pp. 46-75.



العقد حتى يلتزم بشيء قبل الأفراد ، فبقيت له وحده الحرية الفطرية يفعل ما يشاء . أما الأفراد — وقد تنازلوا عن حرياتهم وحقوقهم الفطرية — فقد فقدوا الحق في الحكم على الأشياء بأنها عدل أو ظلم ، اذ أنهم بهذا التنازل قد اختصوا السلطان بهذا الحكم ، فالتزموا مقدما بأن يعتبروا عدلا ما يأمر به السلطان ، وظلما ما ينهى عنه أو يحرمه .

وغنى عن البيان أن هذا النظر يؤدي الى الاستبداد المطلق ، اذ لا يضع أمام القوانين الوضعية التي يسنها السلطان ويطبقها على الناس حاجزا أو سدا من مثل أعلى للعدل يحول دون اندفاعها في طريق التحكم والظلم ، أى ينكر بذلك وجود فكرة القانون الطبيعي . فانه ليس بعد العقد الاجتماعى ، كما لم يكن قبله ، عدل أو ظلم في ذاته ، اذ يصبح ذلك رهنا بارادة صاحب السلطان . وبذلك تظل الكلمة العليا للقوة في عهد المجتمع المنظم ، كما كانت كذلك في عهد الفطرة (١) .

غير أن فكرة العقد الاجتماعى قد أتيح لها عند كاتب آخر هو الكاتب الانجليزى لوك (Locke) (١٦٣٢ — ١٧٠٤) (٢) ، أن تمكن لفكرة القانون الطبيعى وتحارب استبداد السلطان وتحكم القوانين الوضعية . فعهد الفطرة الأولى عنده عهد يحكمه العقل لا الأهواء ولا الأنانية كما يرى «هوبز» . لذلك فان الأفراد لا ينزلون في العقد الاجتماعى عن كل مالهم في ذلك العهد من حقوق طبيعية ، بل ينزلون منها عن القدر اللازم لكفالة الصالح العام فحسب (٣) ، ويظل القدر الباقى من هذه الحقوق

(١) في هذا المعنى :

Beudant, op. cit., No. 66, pp. 104, 105.

(٢) راجع في مذهب « لوك » بصفة خاصة :

Cairns, pp. 335-361. — Chevallier, op. cit., pp. 85-99. — Beudant, op. cit., No. 67. — Del Vecchio, op. cit. pp. 90-92.

(٣) اذا كان الافراد يعملون على الخروج من عهد الفطرة رغم انه عهد بحكمة العقل فيما يرى « لوك » ، فما ذلك الا للحصول على ضمان أقوى لحقوقهم وحرياتهم ولتفادى عواقب التعسف المحتوم من جانب بعض الافراد في استعمال مالهم من حقوق وحريات . فان عهد الفطرة يفتقد قوانين معلومة قائمة على الرضا الصام المشترك ، وقضاة معلومين ، عدول



الطبيعية قائما في عهد المجتمع المنظم كفيد يرد على حرية السلطان . والسلطان باعتباره طرفا في العقد انما يلتزم بتسخير سلطته في تحقيق الصالح العام واحترام الحقوق الطبيعية للأفراد ، واخلاله بهذا الالتزام يحل للأفراد فسخ العقد والثورة على السلطان . فالقانون الوضعي في هذا النظر اذن انما يعمل على احترام الحقوق الطبيعية للأفراد وكفالة الالتزامات التي تفرضها الطبيعة والعقل .

ثم استخدم روسو (Rousseau) ( ١٧١٢-١٧٧٨ ) «<sup>١</sup>» في النصف الثاني من القرن الثامن عشر فكرة العقد الاجتماعي أداة لانكار حق الملوك في السيادة ، وبصفة عامة لانكار حكم الفرد ، ووسيلة لحصر السيادة في الشعب أو المجموع .

فالعقد الاجتماعي عنده أنهى عهد الفطرة حيث كان لكل فرد فعل ما يشاء ، وأنشأ عهد المجتمع حيث أصبحت السيادة والسلطان من حق المجموع ككل لا من حق فرد واحد من الأفراد على حدة . فالقوانين تستمد شرعيتها اذن وقوتها الملزمة للأفراد من كونها ليست الا تعبيراً عن الارادة العامة أي عن ارادة المجموع . وهذه الارادة العامة عنده ارادة مطلقة معصومة ، لأنها — وهي ارادة المجموع — لا يتصور أن تبغى مصلحة مخالفة لمصالح أفرادها ، كما لا يتصور أن يضر الجسم

---

== محايدين ، يفصلون في المنازعات طبقاً لهذه القوانين ، وسلطة اجبار قادرة على كفالة تنفيذ ما يصدرونه من احكام . ولذلك يفضل الأفراد الانتقال من عهد الفطرة الى عهد المجتمع المنظم حيث تتوافر فيه كل هذه الضمانات . ( انظر : Chevallier, op. cit., p. 91 )

(١) راجع في مذهب « روسو » بصفة خاصة :

Chevallier, op. cit., pp. 142-173. — Beudant, op. cit., pp. 150-168. — Del Vecchio, op. cit., pp. 104-108. — Charmont, op. cit., pp. 41 - 46. — Hubert, Rousseau et l'école positiviste, arch. de phil. du droit, 1932, No. 3 - 4, pp. 407 - 427. — Paul - L. Léon, Le problème du contrat social chez Rousseau, Arch. de phil. du droit, 1935, Nos. 3 - 4, p. 157 - 201. — Paul - L. Léon, L'idée de volonté générale chez J.-J. Rousseau et ses antécédents historiques, Arch. de phil. du droit, 1936, Nos. 3 - 4, pp. 148 - 200.



بعضو من أعضائه «١» .

وتلك نظرة مادية في تصور القانون ، اذ يصير عدلا ما يريده المجموع  
أو على الأصح — وهو ما يسمح به العمل — ما تريده الأغلبية في هذا  
المجموع «٢» . وبذلك نستطيع أن نسلك روسو — على خلاف الشائع  
عنه — في سلك المنكرين لفكرة القانون الطبيعي . فهو لا يعترف بأن  
القانون الوضعي أو الإرادة العامة تخضع لجملة من موجهات العدل  
العقلية أو لنماذج من قواعد العدل التفصيلية . بل وأن نسلكه في سلك  
المنكرين لفكرة الحقوق الطبيعية ، فرغم تسليمه بأن الأفراد لا ينزلون  
بمقتضى العقد الاجتماعي الا عن القدر اللازم من حقوقهم لحاجة المجموع ،  
الا أنه يجعل هذا المجموع الذي يسميه الإرادة العامة — والذي يقتصر  
في الواقع على الأكثرية — هو وحده الحكم المتصرف في تحديد الحقوق  
الطبيعية التي يحتفظ بها الأفراد ، وله أن يقيد منها كما يشاء «٣» . وهو

(١) انظر في ذلك قول « روسو » أن الإرادة العامة دائما قوية وتهدف  
الى الصالح العام « ( J.-J. Rousseau, Du contrat social, Aubier, éditions  
( Montaigne, Livre II, Chapitre III, p. 145. ) وانه « كما تعطى الطبيعة لكل  
انسان سلطة مطلقة على كل أعضائه ، فان العقد الاجتماعي يعطى للجسم  
السياسي سلطة مطلقة على كل أفراد » ( Rousseau, op. cit., Livre II, Chapitre  
IV, p. 152 ) ، وأن هذا الجسم السياسي والسلطان ، « وهو لا يشكل الا من  
الأفراد المكونين له ، ليس له ولا يمكن أن يكون له صالح مناقض  
لصالحهم ، ولذلك فليس السلطان بحاجة — قبل الأفراد — الى ضمان ،  
لأن من المستحيل أن يرغب الجسم في الأضرار بأعضائه . . . ولكن ليس ،  
الحال كذلك بالنسبة الى الأفراد تجاه صاحب السلطان ، الذي اذا لم يجد  
الوسائل لضمان اخلاصهم ، فلا شيء — رغم الصالح المشترك — يؤكد  
التزاماتهم قبله . اذ الواقع أن كل فرد قد يكون له ، باعتباره انسانا ، ارادة  
خاصة مخالفة او مناقضة للإرادة العامة التي تكون له باعتباره مواطنا ،  
فصالحه الخاص قد يخاطبه على خلاف الصالح العام . . . فحتى لا يصبح  
العقد الاجتماعي عديم الجدوى ، فانه يشتمل ضمنا على التزام . . . بأن أي  
واحد يرفض طاعة الإرادة العامة ، يجبر على ذلك من قبل الجسم  
( أو المجموع ) » . ( Rousseau, Livre I, Chapitre VII, pp. 106 - 108 )

(٢) في هذا المعنى : Beudant, op. cit., No. 101, p. 161.

(٣) وفي ذلك يقول « روسو » : « من المتفق عليه أن ما ينزل عنه كل  
واحد ، بالعقد الاجتماعي ، من سلطته أو أمواله أو حريته ، هو فحسب  
الجزء من ذلك، الذي يهم استعماله الجماعة . ولكن يجب التسليم بأن صاحب



بهذا المنطق ينتهى الى الاستبداد المطلق يحله للشعب أو لأكثرية الشعب ، فكأنه ما حارب الاستبداد فى ذاته ، ولكنه حاربه باعتباره استبداد فرد لا يستند الى عقد اجتماعى ! . . فان استند الى هذا العقد وكان استبداد مجموع فلا تثريب عليه عنده ! . .

ومهما يكن من أمر ، فالثابت أن فكرة العقد الاجتماعى لم تكن مرادفة دائما لفكرة القانون الطبيعى . فلم تكن تعنى دائما عند كثير من الكتاب حدا من سيادة أصحاب السلطان فى الجماعة ولا قيда يرد على حرية أصحاب صناعة التشريع بالتزام مثل أعلى من العدل أو باحترام حد أدنى من الحقوق الطبيعية للأفراد . ولكنها عنت عند الكثيرين — وعلى الأخص عند « روسو » — التمكين لسلطان الشعب أو لسلطان الأكثرية منه دون الاعتراف بسلطان الفرد أو سلطان الملوك ، وبذلك اتخذت لها هدفا سياسيا واضحا هو احلال الحكم الديموقراطى محل الحكم الاوتقراطى . وفى غمرة الحماس لتقويض سلطان الفرد واقامة سلطان الشعب ، ضاعت صيحة العدل — وهو ما قامت عليه فكرة القانون الطبيعى — عند أنصار العقد الاجتماعى ، فأصبحت مشيئة الشعب أو ارادة الأغلبية عندهم هى العدل ، حتى ولو كانت مشيئة ظالمة أو ارادة مستبدة .

غير أن مالاقته فكرة العقد الاجتماعى على يد « روسو » من نجاح وذيووع لم يقلل من الاعتقاد والايمان بفكرة القانون الطبيعى طوال القرن الثامن عشر ، بل بدت الحاجة أكثر ما تكون ملحة الى هذه الفكرة الأخيرة لتقف كالسد الحاجز أمام ما تضرر الفكرة الأولى من خطر استبداد الحكام وتحكمهم باسم الشعب واسم العقد الاجتماعى .

## ٦٢ - انتصار مذهب القانون الطبيعى على يد الثورة الفرنسية

وتحت تأثير هاتين الفكرتين ولدت الثورة الفرنسية فى أواخر

---

== السلطان ( أى المجموع ) هو وحده الذى يقدر هذه الأهمية » .  
( Rousseau, op. cit., Livre II, Chapitre IV, p. 153. )



القرن الثامن عشر ، فاعتنقت مذهب « روسو » في حصر السيادة في الشعب وحده ككل أى من حيث هو يكون كتلة أو وحدة متميزة ذات شخصية منفصلة مستقلة عن شخصيات الأفراد المكونين له . ولكنها حرصت الى جانب ذلك على اعتناق فكرة القانون الطبيعي كموجه ومقيد لسيادة الشعب ، فأعلنت ما سمته بحقوق الانسان الطبيعية التي تلتزم القوانين الوضعية بالاعتراف بها وكفالة احترامها وضمان التمتع بها للأفراد ، بحيث ترد هذه الحقوق — خلافا لمذهب « روسو » — قيда على تحكم تلك القوانين التي تحمل مشيئة الشعب . وبذلك أتيح لمذهب القانون الطبيعي أن يصبح مذهباً رسمياً يتضمنه اعلان رسمى بعد أن كان مجرد فكرة تجرى بها أقلام الفلاسفة والكتاب .

وقد حرص ممثلو الشعب الفرنسى أعضاء الجمعية الوطنية على تصدير « اعلان حقوق الانسان والمواطن » (La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) الصادر سنة ١٧٨٩ والذي تضمنه من بعد دستور سنة ١٧٩١ كفاتحة له — بتنبيه الى أنه « اعتباراً منهم بأن جهل حقوق الانسان أو نسيانها أو احتقارها هي الأسباب الوحيدة للبؤس العام وفساد الحكام ، قد عقدوا العزم على أن يسجلوا في اعلان رسمى حقوق الانسان الطبيعية المقدسة التي يتمتع التنازل عنها حتى يذكر هذا الاعلان دائماً أفراد الهيئة الاجتماعية بحقوقهم وواجباتهم ، وحتى تكون تصرفات السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية أكثر احتراماً نتيجة لمقارنتها في كل لحظة بالغاية من كل نظام سياسى . »

وجاءت بعد ذلك المادة الثانية من « الاعلان » فنصت على أن « هدف كل مجتمع سياسى هو المحافظة على حقوق الانسان الطبيعية الخالدة . . » . ونصت المادة السادسة عشرة منه على أنه لا دستور لمجتمع « يكون ضمان هذه الحقوق فيه غير مكفول » . وقد عدد الاعلان هذه الحقوق ، فأبرز في مقدمتها الحق في الحرية والمساواة والملكية والأمن والاعتقاد ومقاومة الطغيان .



وقد كان هذا الاعلان ممهدا لصدور سلسلة من اعلانات مماثلة رسمية تضمنتها الدساتير المختلفة مؤكدة بذلك الاعتقاد في وجود قانون طبيعي خالد مشترك يسمو على القانون الوضعي ، ويجعل من حقوق الأفراد الطبيعية التزامات وقيود ترد على سلطان المشرعين .

ولقد تجاوب الفيلسوف كانت ( Kant ) مع الثورة الفرنسية ومع المعتقدات التي مهدت ووطأت لها ، فنجد عنده التفرقة التقليدية بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي «<sup>١</sup>» . ومرد فلسفته القانونية أن للإنسان قيمة ذاتية مطلقة ، اذ هو غاية في ذاته وليس وسيلة لتحكم ارادة من الارادات كارادة الدولة أو ارادة المشرع «<sup>٢</sup>» . فالإنسان هو الذي يضع قانونه بنفسه أي بعقله ، وهذا العقل بوصفه واحدا عند كل الناس ، أي مشتركا بين أفراد النوع الإنساني ، يستخلص قواعد عالمية ثابتة لحكم سلوك الإنسان في المجتمع . هذه القواعد تستمد من الصفة العالمية الثابتة الى تخلقها عليها وحدة العقل الإنساني ، قيمة سامية مطلقة تفرضها على مختلف الارادات ، فتتقيد بها ارادة المشرع فيما يستن من قواعد وضعية . وينتهي « كانت » بهذا المنطق الى اعطاء القانون الطبيعي صفة عقلية بحتة «<sup>٣</sup>» .

وكذلك يمكن هذا النظر للنزعة الفردية التي أبرزتها الثورة الفرنسية فيما أعلنت من حقوق الإنسان ، اذ يركز القانون في الفرد الإنساني يعمل على كفالة تمتعه بحقوقه الطبيعية وفي طبيعته الحرية ؛ وهو أمام حريات الأفراد المتعارضة يعمد الى أن يقيم بينها من التوازن ما يمكن كل فرد من استعمال حريته دون أن يطغى بذلك على حريات الآخرين «<sup>٤</sup>» .

---

(١) Du Pasquier, op. cit., No. 236

(٢) Beudant, op. cit., No. 87, p. 138.

(٣) Del Vecchio, op. cit., p. 111.

(٤) Del Vecchio, op. cit., p. 119.



فالاعتقاد اذن في وجود قانون طبيعي يكون بمثابة تقنين نموذجي يحكم القانون الوضعي بما يتضمن من قواعد ثابتة خالدة يستخلصها العقل من طبيعة الانسان ، كان هو الاعتقاد السائد في القرن الثامن عشر . ثم أسبغت الثورة الفرنسية صفة رسمية على هذا الاعتقاد باعلانها ما سته حقوق الانسان ، كما مكنت لما يتضمنه — في تصور وظيفة القانون — من نزعة فردية .

وفي ظل هذا الاعتقاد — الاعتقاد في وجود قانون طبيعي يسمو على القوانين الوضعية ، والاعتقاد في سلطان العقل الذي يستخلصه — شهد مفتتح القرن التاسع عشر واضعي تقنين « نابليون » يصدر عن مشروع تقنينهم بالنص على أنه « يوجد قانون عالمي ثابت هو مصدر كل القوانين الوضعية ، ليس هو الا العقل الطبيعي من حيث أنه يحكم كل شعوب الأرض » . وهذا النص ، وان لم يتح له أن يظهر في التقنين اذ حذف عند مناقشة المشروع ، الا أن ذلك لم يكن انكارا لمضمونه — اذ الاعتقاد في وجود القانون الطبيعي كان ينزل حينئذ من النفوس منزلة الايمان — وانما كان تسليما بأن النصوص التشريعية الوضعية ليست محلا لاعلان المبادئ الفلسفية «<sup>١</sup>» .

### ٦٣ — مهاجمة مذهب القانون الطبيعي وتراجعه في القرن التاسع عشر

غير أن مذهب القانون الطبيعي لقي محاربة شديدة طوال القرن التاسع عشر ، شككت في صحته ، وقللت من أنصاره في الفقه ، فراجت على حسابه طوال هذا القرن مذاهب واقعية تنكر رد جوهر القانون أو شرعيته الى مثل أعلى . وتركز الهجوم على مذهب القانون الطبيعي فيما يدعيه من صفة خالدة ثابتة لا تتغير بتغير الزمان أو المكان ، وفيما يلزمه من نزعة فردية واضحة .

وقد تكفل المذهب التاريخي — على ما سيرد البيان — بمحاولة



تقويض فكرة الخلود والثبات التي يتميز بها القانون الطبيعي في منطق أنصاره . فأنكر هذا المذهب أن يكون القانون وليد ارادة من الارادات كإرادة المشرع ، أو أن يكون وليد العقل البشرى يستقل بتكوينه وإنشائه ؛ إذ هو وليد البيئة الاجتماعية وحدها ، والبيئة الاجتماعية متغيرة متطورة في الزمان والمكان . ومن هنا لم يكن من المعقول ولا من المتصور أن يثبت القانون على حال واحدة ، بل هو مختلف دائما بحسب المكان من مجتمع الى آخر إذ تولده ظروف البيئة الخاصة بكل مجتمع ؛ وهو متطور دائما في الزمان تطورا لا يفتعله الانسان أو يخلقه بعقله أو يدفعه بإرادته ، وإنما تطوره تطور ذاتي أو تلقائي يتسلسل في حلقة من حلقات التاريخ تسلسلا لا اراديا .

ولسنا نعرض الآن لصحة الأساس الذي يقوم عليه المذهب التاريخي ، فذلك موضعه عند الكلام في تفصيل هذا المذهب ، ولكننا نجتزئ بالاشارة الى أن هذا المذهب قد أتيح له من النجاح طوال القرن التاسع عشر - في ألمانيا حيث ظهر ، وفي فرنسا حيث لم يعدم الأنصار - ما أفقد الثقة في مذهب القانون الطبيعي ، وأوهن من الاعتقاد في وجود قانون تجتمع له صفة الخلود والثبات على اختلاف الزمان والمجتمعات .

وكذلك فقد هوجمت النزعة الفردية التي لازمت مذهب القانون الطبيعي طوال القرنين السابع عشر والثامن عشر ، والتي تأكدت رسميا على عهد الثورة الفرنسية ووجدت طريقها الى أكثر نصوص تقنين «نابليون» .

فوقف فقهاء كثيرون ضد هذه النزعة المسرفة التي ترى المجتمع مخلوقا لخدمة الفرد ، وليس الفرد هو المخلوق لخدمة المجتمع ؛ فتركز القانون - استخراجا من ذلك - في الفرد ، حتى لتتقصر دوره على كفالة حريته وتمكينه من التمتع بما سمي الحقوق الطبيعية للانسان . وأدت مهاجمة النزعة الفردية في القانون الى مهاجمة فكرة القانون الطبيعي بدورها باعتبار ما رسخ في الأذهان من اقتران بين وجود القانون



الطبيعى وبين النزعة الفردية . ولسنا الآن فى مجال استقصاء صحة هذا الاقتران ، ولكن يعيننا أن هذا الاقتران كان مائلا فى كثير من الأذهان مما خلق من أعداء النزعة الفردية أعداء ألداء لفكرة القانون الطبيعى ، فخصرت هذه الفكرة ولم تكسب من وصفها بالدعوة الى نزعة فردية .

#### ٦٤ - حركة احياء القانون الطبيعى

غير أن فكرة القانون الطبيعى وان هجرت أو كادت طوال القرن التاسع عشر ، قد أتيح لها - فى أواخر هذا القرن ومطلع القرن العشرين - أن تجد من الفقهاء من يلتبس لها البعث والنشور ، ومن يقوم على احيائها مبرأة مما أثار عليها الهجوم ومكن منها الخصوم . فثم احياء لفكرة القانون الطبيعى يبرئها من أسطورة الخلود والثبات على مر الزمان واختلاف المكان ، ويقصر الخلود والثبات على الفكرة دون المضمون نجده عند الفقيه الألمانى « ستاملر » ( Stammler ) فيما سماه بالقانون الطبيعى ذى المضمون المتغير . وثم احياء للقانون الطبيعى يبرئه من الادعاء المسرف بأنه قانون نموذجى تفصيلى يتضمن حلو لا عادلة مثالية لكل ما يعرض فى العمل من مشاكل وفروض ، نجده عند جمهور الفقهاء فى مطلع هذا القرن ، فى قصرهم فكرة القانون الطبيعى على قلة من مبادئ العدل المثالية الموجهة للمهمة .

فحركة احياء القانون الطبيعى التى خرجت الى الوجود منذ أواخر القرن الماضى انما مكنت لهذا الاحياء اذن بسلوك طريقين : الأول هو القصد فى خلع صفة الخلود والثبات على القانون الطبيعى ، والثانى هو قصر وظيفة القانون الطبيعى على القيادة الموجهة للمهمة بقلة من مبادئ العدل المثالية ، دون أن ينزل الى التطبيق العملى وما يفرضه من تنظيم تفصيلى ، فذلك شأن القانون الوضعى .

( ١ ) القانون الطبيعى ذو المضمون المتغير « ١ » : أما القصد فى خلع

---

(١) راجع فى ذلك :

Ginsberg, La philosophie du droit de Rudolf stammler, Arch. de phil. du=



صفة الخلود والثبات على القانون الطبيعي ، فقد دعا اليه منطق المذهب التاريخي في تطور القانون ، فكان لا بد من الجمع والملاءمة بين فكرة الخلود والتطور حتى يخلص مذهب القانون الطبيعي من التناقض الذي رماه به مذهب التطور التاريخي . وقد قدر للفقيه الألماني « ستاملر » أن يقوم بالجمع بين الخلود والتطور في فكرة القانون الطبيعي ، فيما سماه بالقانون الطبيعي ذي المضمون المتغير (Le droit naturel à contenu variable). واعتنق فكرته بعض الفقهاء الفرنسيين وكان أبرزهم « سالي ( Saleilles ) .

وجوهر القانون — في هذا النظر — هو مثل أعلى للعدل ، خالد متغير على السواء : فهو خالد في فكرته ، متغير في مضمونه ؛ أي أن صفة الخلود دائما تلحق فكرة العدل في ذاتها ، أما مضمون هذه الفكرة وطريق تحقيقها ، فرهن بظروف الحياة في كل مجتمع وبتصور هذا المجتمع لفكرة العدل . فالذي لا يتغير هو وجود عدل ينبغي تحقيقه . ذلك أن فكرة التمييز بين العدل والظلم واقامة القواعد القانونية على أساس من العدل ، قد وجدت دائما في ضمير الانسان منذ الأزل . وستظل موجودة فيه الى الأبد . أما كيفية التمييز بين العدل والظلم ، واسباغ صفة العدل على بعض النظم أو على سلوك معين ، فأمر لا يلحقه خلود أو ثبات ، لأنه صادر عن التفاعل الحاصل بين بيئة كل مجتمع والتصوير السائد فيه لفكرة العدل ؛ فما يعتبر عدلا في جماعة قد يعتبر ظلما في جماعة أخرى ، وما كان قانونيا في جماعة باعتباره العدل ، قد يصبح — مع تقدم الزمان — غير مشروع ، اذ تنتهي الجماعة الى تصوره كظلم ينبغي رفعه . وليس يطمئن هذا التباين في وجود فكرة العدل ذاتها ، وخلود هذه الفكرة عند كل الجماعات . فثمة شيء يبقى خالدا دائما في ضمير الانسان — على

---

=droit, 1932, Nos. 3-4, pp. 564-574. — Génv, Science et technique en droit privé positif, t. II, Nos. 98-114. — Charmont, op. cit., pp. 170-176. — Del Vecchio, op. cit., pp. 209, 210. — Rommen, op. cit., pp. 166-168. — Du Pasquier, op. cit., No. 291. — Roubier, op. cit., No. 16, pp. 151, 153. — Friedmann, pp. 87-95. — Dabin, La philosophie de l'ordre Juridique positif, No. 71. — Saleilles, article précité, pp. 96-99.



اختلال البيئة وتعاقب الزمان — هو جنينه الى العدل ، وتصوره للقانون واجترابه له على أساس أنه اقامة للعدل «١» .

ولكن فكرة القانون الطبيعي ذى المضمون المتغير تعرضت للنقد من حيث أنها فكرة متناقضة ، اذ المثل الأعلى بطبيعته ثابت خالد ، وهذه الفكرة تجعل منه مثلاً خاصاً بكل جماعة وفقاً لتصويرها الخاص لفكرة العدل . وهو ما يؤدي الى أن تكون فكرة العدل فكرة شخصية أو وطنية ليس لها كيان ذاتي أو موضوعي يجعل منها حقيقة واحدة على اختلاف المكان والزمان ، فيصبح الأمر الواحد عدلاً في مكان أو عصر معين ، وظلماً في مكان آخر أو عصر سابق أو لاحق ، وهو ما لا يمكن التسليم به . فلو كان الرق مشروعاً عند الجماعات الأولى طبقاً لتصورها لفكرة العدل ، الا أن ذلك لا يعنى أنه لذلك كان نظاماً عادلاً . فللعديل حقيقة في ذاته ، وهى لذلك حقيقة واحدة خالدة لا تتغير في زمان أو مكان . والرق في حكم هذه الحقيقة نظام ظالم دائماً في أى زمان ومكان وجد .

( ٢ ) القانون الطبيعي موجه مثالى للعدل : وأما الارتفاع بالقانون الطبيعي الى مجرد القيادة الروحية الموجهة ، فقد دعا اليه ما كان من اسراف ألصار فكرة القانون الطبيعي في القرن الثامن عشر في اعتبارهم أن هذه الفكرة انما تعبر عن وجود قانون مثالى نموذجي ، يتضمن قواعد تفصيلية تضع حلولاً عملية لكل ما يعرض من مشاكل الحياة الاجتماعية في دقائقها وجزئياتها . فمثل هذا الاتجاه لا يحتاج الى تدليل على بطلانه وتناقضه : فالواقع يكذبه ، والمنطق ينقضه ؛ اذ أن مشاكل الحياة الاجتماعية لا تعرض دائماً بنفس الصورة في كل الجماعات ، حتى يمكن الادعاء بوجود قانون مثالى ، يضع لكل هذه المشاكل قواعد واحدة مشتركة ، تكون ثابتة خالدة لا تتأثر باختلاف الزمان والمكان .



من أجل ذلك اتجهت حركة احياء مذهب القانون الطبيعي في مطلع القرن العشرين الى العدول عن هذا الشطط المسرف في تصور فكرة القانون الطبيعي ، فقصرتها على بضعة مبادئ مثالية ، ثابتة خالدة ، تمثل الحد الأدنى للمثل الأعلى للعدل . وبذلك تتحدد وظيفة القانون الطبيعي ؛ فهو لا يضع حلولاً عملية لمشاكل الحياة الاجتماعية ، ولكنه يكتفى بالتوجيه الى الحلول العملية التي تضعها القوانين الوضعية لمشاكل الحياة الاجتماعية ، فهي في جوهرها موافقة للقانون الطبيعي ، أي ترد في مجموعها الى المثل الأعلى للعدل ، ذلك المثل الذي له من وجوده الذاتي ما يجعله خالداً ثابتاً ، لا يتغير بتغير الزمان ولا بتغير المكان . فالقوانين الوضعية المختلفة انما تنتهي في جوهرها الى تلك الأصول العامة للعدل التي تكون القانون الطبيعي ، كما تنتهي السفن القادمة من مختلف الاتجاهات الى ميناء واحد مسترشدة بما يبعث اليها مناره من أضواء .

ففكرة القانون الطبيعي اتهمت اذن الى أن تعبر عن الدستور المثالي للعدل الذي ينبغي أن تقوم على أساسه القوانين الوضعية المختلفة . وهو دستور لا ينزل الى التفصيل والتفريع ، وانما يقتصر على التوجيه والالهام بما يتضمن من أصول عامة وموجهات مثالية لفكرة العدل «<sup>١</sup>» ، لاتصلح بذاتها للتطبيق العملي — كمبدأ إتياء كل ذي حق حقه ، ومبدأ

(١) أنظر في هذا المعنى :

Capitant, op. cit., No. 9. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 3. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., No. 73. — Jossierand, op. cit., t. I, Nos. 4-6 — Du Pasquier, op. cit., No. 284. — Beudant, op. cit., Nos. 21-23. — Beudant et Béquignon - Lagarde, op. cit., No. 23. — Roubier, op. cit., No. 16, pp. 150, 151. — Le Fur, Les caractères essentiels du Droit en comparaison avec les autres règles de la vie sociale, Arch. de phil. du droit, 1935, No. 3-4, pp. 19-21.

سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ١٦٦ . — حسن بغدادى ، المرجع السابق ، فقرة ١٤ ، ص ٤٧ و ٤٨ . — عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ٣١ .



عدم الاضرار بالغير عن خطأ ، ومبدأ عدم الاثراء على حساب الغير دون سبب مشروع - ، وانما تستلهمها القوانين الوضعية المختلفة فيما تضع من نظام للمجتمع حتى يخرج نظاما عادلا ، كما يستهدي الملاح بالبوصلة فيما يسلك من طريق حتى يقع على الطريق المأمونة الموصلة الى الغاية .  
فالقانون الطبيعى فى معناه الحديث اذن هو عبارة عن تلك الأصول والموجهات العامة للعدل التى تعتبر أساسا ومثلا أعلى للتنظيم القانونى .

### ٦٥ - القانون الطبيعى والقانون الوضعى

يخلص من كل ما تقدم أن فكرة القانون الطبيعى مرت بمراحل متعددة ، فلم يثبت مضمونها على حال واحدة ؛ ولكنها انتهت الى أن تعبر عن الموجهات المثالية للعدل ، التى لها من خلودها وثباتها ما يجعلها أساسا للقوانين الوضعية على اختلاف الزمان والمكان .

وهذه الفكرة - فى صورتها الأخيرة - تعبر عن حقيقة ينبغى التسليم بها ، وهى ضرورة وجود موجه لارادة الانسانية ، فتلك الارادة أعجز عن الاكتفاء بنفسها والاستغناء عن موجه مثالى تستهديه وتستلهمه ، يتمثل فى مثل أعلى للعدل . وهو مثل ماونيت الانسانية ولن تنى أبدا عن التطلع اليه والسعى الى تحقيقه .

والقانون الطبيعى على هذا الوضع - أى باعتباره موجهها مثاليا للعدل - انما يفرض نفسه على ارادة المشرع والدولة . فليست الدولة حرة فى وضع القواعد القانونية على هواها . وانما هى تلتزم باحترام هذا الموجه المثالى ، لأنها ليست الا خادمة لفكرة العدل . ومن هنا كان المثل الأعلى للعدل هو جوهر القانون ، والقوة التى تفرض احترامه على الناس . فالقانون الوضعى ينبغى أن يطاع لا لأنه هو القانون الذى وضعت الدولة أو استنته الجماعة ، ولا لأنه هو القانون الذى ترصد الدولة على كفالة احترامه ما تملك من قوى مادية باطشة ، ولكن لأنه هو القانون العدل أى الذى يحقق المثل الأعلى للعدل .



غير أن القانون الطبيعي لا تقتصر وظيفته على الهام المشرع أو القانون الوضعي وتوجيهه عند وضع القواعد القانونية ، وإنما تمتد هذه الوظيفة وتنسب ، اذ يبقى القانون الطبيعي هو الملاذ الذى يلجأ اليه القاضى ان التمس الحل فى قواعد القانون الوضعي فأعوزه • فهو يوجه القاضى — كما وجه المشرع أو القانون الوضعي — الى جوهر القانون أى الى العدل الذى ينبغى أن يسود • وهو بذلك يمنع القاضى — كما منع المشرع أو القانون الوضعي — من التحكم والقضاء بغير العدل ، فيحفظ على القانون جوهره باعتباره مقيم العدل •

وقد نهت تشريعات كثيرة الى ما لفكرة القانون الطبيعي من أثر وخطر باعتبارها تتضمن توجيهها للقاضى الى المثل الأعلى للعدل يستلهمه فيما تقصر عن تناوله قواعد القانون الوضعي • ومن ذلك نص المادة الأولى ( فقرة ثانية ) من التقنين المدنى المصرى الجديد الذى يقضى بأنه « اذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية ، فاذا لم توجد ، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة • » •

وليس هنا مجال تفصيل القول بشأن استلهام القاضى للقانون الطبيعي ، فذلك أمر يتعلق بتطبيق القانون ونحن نبحث الآن فى تكوينه • ودور القانون الطبيعي فى هذا التكوين — كما أوضحنا — هو دور الموجه والملمهم بما يتضمن من أصول مثالية للعدل • ولعل التعبير عن هذه الأصول باصطلاح « القانون الطبيعي » كان من العوامل التى ساعدت على مهاجمة الفكرة التى تريد التعبير عنها من وجود مثل أعلى للتنظيم القانونى ينبغى استلهامه فيدخل بذلك فى تكوين القواعد القانونية • ومن هنا قد يكون من الأوضح أن نستبدل باصطلاح « القانون الطبيعي » اصطلاح « المثل الأعلى للعدل » أو « موجهات العدل المثالية » •

وأيا كان الأمر ، فالقانون الطبيعي — أى المثل الأعلى للعدل أو



موجهات العدل المثالية — يبقى اذن — في منطق هذا المذهب — هو أساس القانون الوضعي وجوهره : اذ هو الملهم بقواعده عند تكوينها من ناحية ؛ وهو المكمل لما قد يظهر — عند التطبيق — من قصورها وتقصها من ناحية أخرى •

غير أن الاقتصار على المثل الأعلى للعدل باعتباره العنصر الوحيد المكون لجوهر القانون انما يبصر بشرط من الحقيقة دون الشرط الآخر ، اذ يبقى عنصر آخر هو عنصر الواقع من الحياة الاجتماعية • وقد بصرت بهذا العنصر المدرسة الواقعية ، لكنها اندفعت الى مثل الاسراف الذي اندفعت اليه المدرسة المثالية ولكن في اتجاه مضاد ، فجعلت منه وحده جوهر القانون على ما سنعرضه الآن •



## الفصل الثانى المدرسة الواقعية

L'école réaliste ou positiviste

### ٦٦ - تمهيد

سادت المدرسة المثالية حتى أواخر القرن الثامن عشر ومطلع القرن التاسع عشر ، فكان الاعتقاد السائد عن جوهر القانون حتى ذلك الحين أنه مثل أعلى للعدل يستخلصه العقل . وهذا المثل الأعلى - فى منطق تلك المدرسة - هو الذى يسبغ على القانون صفة الشرعية التى تخلق طاعته فى النفوس اختيارا بما يحمل من عدل وخير . وهو الذى يحل الالتجاء الى القوة فى سبيل أخذ المخالفين والمناقضين باحترام أحكامه ، اذ العدل دون قوة تسنده عدل أعرج ، فلا تشرب على قوة تكفل اقامته واقرارہ اذ ترتفع بذلك عن أن تكون قوة عمياء تبطش لتكون قوة بصيرة تعدل . فالمثل الأعلى عند المدرسة المثالية اذن انما يمكن للقانون كسلطان عدل لا كسلطان جبر .

غير أن القرن التاسع عشر شهد مع تقدمه فلسفة جديدة تطلع فتذيع وتنتشر ، تلك هى الفلسفة الواقعية . وهى فلسفة تناقض الفلسفة المثالية من حيث انكارها لما تقوم عليه من تصور فكرى تراه هى ضربا من الحدس والتخمين يتنزه عنه العلم بما ينبغى له من ضبط وثبات ويقين . ولذلك فهى لا تؤمن الا بالواقع المحسوس الملموس الذى تسجله المشاهدة تؤيده التجربة ؛ فكل معرفة عندها لا تقوم على الواقع ولا تؤكدھا مشاهدة أو تجربة معرفة حدسية لا يقينية ، وهى بهذا الوصف لا تعد معرفة علمية بالمعنى الصحيح . وقد أريد لهذه الفلسفة الواقعية أن تنتظم الآفاق جميعا ، ما يقبل نهجها ، وما يستعصى عليه على السواء . فنفذت الى



القانون تريد أن تخضعه لمنطقها ونهجها ، وتطرح عنه كل تصور فكري لا يقوم على أساس من الواقع المشاهد المجرب .  
ولقد استعلنت هذه الفلسفة الواقعية — بماديتها التي تجر إليها القانون — في مذهبين : مذهب نبت في ألمانيا في النصف الأول من القرن التاسع عشر ، هو المذهب التاريخي ، أو كما يسميه بعض الكتاب مذهب « التطور التاريخي » ايضاحا لما يقوم عليه من فكرة تطور القانون تطورا آليا . ومذهب ظهر في فرنسا وكثر أنصاره في وآخر القرن الماضي والثالث الأول من هذا القرن ، ثم فترت الحماسة له وضعف سنده في الفقه اليوم ، هو مذهب التضامن الاجتماعي الذي يقيم القاعدة القانونية على أساس واقعي محض هو وجود تضامن بين الأفراد في المجتمع . ونعرض فيما يلي لكل من هذين المذهبين في مبحث على حدة، لنرى حظ المدرسة الواقعية من تحديد جوهر القاعدة القانونية .

## المبحث الأول

المذهب التاريخي \*  
L'école Historique

٦٧ — تمهيد

نجد ارهاصات هذا المذهب في فرنسا منذ القرن الثامن عشر عند

\* المراجع :

Beudant, op. cit., pp. 189-215. — Capitant, op. cit., Nos. 5, 6. — Charmont, op. cit., pp. 77-95. — Del Vecchio, op. cit., pp. 136-141. — Du Pasquier, op. cit., No. 244. — Rommen, op. cit., pp. 140-146. — Roubier, op. cit., No. 13, pp. 106-114. — Saleilles, article précité. — Friedmann, pp. 119-123.

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرات ٣٦ — ٣٨ . — حسن بغدادى ، المرجع السابق ، فقرات ٣٧ — ٤٠ . — سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرات ١٨٧ — ١٨٩ . — محمد على امام ، المرجع السابق ص ١٤٦ — ١٥٠ . — عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرات ٣٣ — ٣٥ .



الفيلسوف « منتسكيو » (Montesquieu) ، فقد أظهر أثر البيئة في اختلاف القوانين في كتابه « روح الشرائع » ، اذ يقول : « ينبغي أن تكون القوانين خاصة بالشعب الذي تخلق له ، حتى انه ليكون محض صدفة أن توافق قوانين أمة أخرى ... فالقوانين ينبغي أن تناسب طبيعة البلاد . . . ومركزها واتساعها ، ونوع الحياة التي تحياها الشعوب ... ودين السكان وميولهم وأخلاقهم وعاداتهم » (١) .

وكذلك فقد عبر الفقيه « پورتاليس » (Portalis) أحد واضعي التقنين الفرنسي في مفتتح القرن التاسع عشر عن عقيدة قام عليها المذهب التاريخي فيما بعد ، هي أن القانون يوجد ويتطور آليا مع تقدم الزمن دون تدخل من الإرادة الإنسانية ، حيث يقول : « تكون تقنيات الشعوب مع الزمن ، فهي — في الحق — لا تصنع » (٢) .

ثم خرج من هذه الارهاصات المتناثرة العابرة مذهب محدد الأسس ، واضح المعالم هو المعروف باسم المذهب التاريخي . . وهو الذي ظهر على يد « سافيني » (Savigny) حين قام يحارب فكرة الدعوة التي ظهرت في ألمانيا عام ١٨١٤ الى تقنين القانون المدني أسوة بما سبقت اليه فرنسا من تقنين في هذا المجال .

فناهض — في هذا الصدد — مذهب القانون الطبيعي وما يقوم عليه من مسلمات أولية لا يتوافر عليها دليل من الواقع المادى . وأظهر أن العبرة في القانون هي بالقواعد القانونية السائدة التي تسجلها المشاهدة وتعززها التجربة في مجتمع معين . وقد دلت التجربة على أن القانون ليس واحدا ثابتا ، ولكنه متغير في الزمان والمكان ، يخضع في ذلك لعوامل البيئة المختلفة المتعددة ، وهو متطور تطورا موافقا ومسائرا لتطور البيئة نفسها ، مما يستعصى معه تحديده وتثبيته في تقنين تثبتا يفضى الى جموده وقعوده عن مسايرة حركة التطور .

---

(١) Montesquieu, op. cit., Livre I, Chapitre III, pp. 10, 11

(٢) Cité par Beudant, op. cit., No. 122, p. 196.



## ٦٨ - تعاليم المذهب التاريخي •

القانون - في منطق المذهب التاريخي - ليس من خلق ارادة انسانية بصيرة عاقلة ، ولا هو من وحى مثل أعلى يوجه الى ادراك غاية معينة ، ولكنه من صنع الزمن وتنتاج التاريخ ، اذ هو وليد حاجات الجماعة ، وما يتفاعل في وجدانها من عوامل •

والجماعة ليست بالوحدة الزمانية التي يحدها زمن معين أو يمثلها جيل معين ، وانما هي كالسلسلة تتدرج في حلقاتها الأجيال وتتعاقب على مر الزمن ، فيرتبط فيها الحاضر بالماضي ، ويمهد الحاضر للمستقبل • ومن هنا لم يكن القانون ثمرة جيل بعينه من أجيال الجماعة ، وانما هو ثمرة التطور التاريخي لهذه الجماعة ، وامتداد لماضيها ، وتسلسل لتراثها • فهو يتكون من عمل صامت مستمر جماعي يسير ركب الجماعة على الزمن ، كما يأخذ عنها طبيعتها وصفاتها الخاصة المتسلسلة منذ الأزل «١» •

وعلى هذا النحو يمكن تشبيه قانون أمة معينة بلغتها ، فهما - كأي مظهر من مظاهر نشاط الأمة - يخضعان لظاهرة التطور المسير لتطور الأمة نفسها • فالأمة تخلق قانونها كما تخلق لغتها بنفسها ، وتقاليدها - التي هي الميراث من تركة الأجيال المتصلة المتعاقبة - هي التي تسهر على حفظ القانون كما تسهر على حفظ اللغة ، وتشد القانون - كما تشد اللغة - في تطورهما الى عربة الماضي حتى لا يوجد فراع أو توقف يهدد سير الأمة نحو التقدم «٢» •

فالقانون عند المذهب التاريخي اذن انما ينبعث من جهد جماعي مشترك متصل ، تسهم فيه أجيال الأمة المتعاقبة • وهو بذلك يكتسب صفة قومية وطنية خاصة تفرقه عن قوانين الأمم الأخرى ، لأنه انما يتولد من الضمير الجماعي (La conscience collective) لكل أمة نتيجة ما يتفاعل

(١) Charmont, op. cit., p. 80. — Roubier, op. cit., No. 13, p. 110.

(٢) Roubier, op. cit., No. 13, p. 109.



ويرسب فيه على مر الزمن من حاجات هذه الأمة وطبيعتها ونزعاتها وميولها الخاصة . فهو يخضع في تكوينه ونموه اذن لتلك القوى الصامتة الخفية غير الواعية التي تعمل وتتفاعل في الضمير الجماعي لكل أمة ، ويتكون تكويننا ذاتيا آليا لا تفتعله ارادة انسانية أو تحوله عن طريقة المرسوم «١» .

ومن هنا كان العرف — في منطق هذا المذهب — هو الشكل الأكمل والأصدق للقانون ، لأنه تغيير مباشر آلي عن الضمير الجماعي الوطني ، وهو بذلك يفضل التشريع الذي يقتصر على أن يكون مجرد تعبير غير مباشر عن هذا الضمير . فدور المشرع اذن ليس هو خلق القانون — فالقانون يخلق نفسه — وانما لا يعدو دوره مجرد تسجيل مضمون الضمير الجماعي وتطوره على مر الزمن «٢» ، دُونَ أن يمسد اليه بتعديل أو تغيير . ومن هنا ، جاء عداء هذا المذهب للتشريع بوجه عام وللتقنين بوجه خاص ، حيث تقوم الخشية من أن يقف التشريع أو التقنين التطور التلقائي والجاري للقانون ، بتثبيت قواعده في نصوص جامدة «٣» .

#### ٦٩ - نقد المذهب التاريخي

تلك نظرة موجزة في بيان الأسس التي قام عليها المذهب التاريخي والتعاليم التي يدعو اليها . وليس في الوسع انكار ما كان لهذا المذهب من فضل في وصل القانون بالبيئة التي يحكمها وبالجماعة التي يتوجه الى تنظيم الأمر فيها وصلا غفل عنه مذهب القانون الطبيعي مما ارتفع به عن واقع الحياة وأسبغ عليه صفة تفكيرية عقلية محضه . وبذلك أسهم المذهب التاريخي بنصيب موفور في بيان الصفة الاجتماعية للقانون مما يفسر خضوعه لظاهرة التطور «٤» .

---

Capitant, op. cit., No. 6. — Roubier, op. cit., No. 13, p. 110. (١)

Saieilles, article cité, p. 83. (٢)

Del Vecchio, op. cit., p. 138. (٣)

Capitant, op. cit., No. 6. — Del Vecchio, op. cit. p. 139. (٤)



ولكن هذا المذهب أسرف في ربط القانون بالجماعة اسرافاً جعل من القانون مجرد نتاج آلي ذاتي يخرج مما سماه بالضمير الجماعي ، أي من تلك القوى غير الواعية المستكنة في روح الجماعة ؛ فأغفل بذلك دور الإنسان ونشاطه الواعي وقدرته الإرادية في تكوين القانون .

ولئن كان من غير المنكور أثر البيئة وظروف الجماعة في تكوين القانون ، إلا أنه ينبغي عدم الاقتصار على رد جوهر القانون الى ذلك وحده ، اذ من فوق عوامل الواقع الاجتماعي ، يوجد وعي الإنسان وعقله ، وهو ما يبصر بالغاية التي يجب على القانون استهدافها استيحاء من مثل أعلى يتمثله ويجهتد في ترسيمه . فالقانون — ليس كاللغة — عملاً آلياً يولد دون جهد أو توجيه ، بل هو عمل يقوم العقل الانساني — بما يستخلصه من مثل عليا — على توجيهه وتسييره تسييراً واعياً بما يلائم ظروف البيئة والجماعة .

فمن الخطأ اذن ما يندفع اليه هذا المذهب من قصر النظر — في تعريف جوهر القانون — على ناحية دون أخرى ، مما يحصره في نطاق الواقع الاجتماعي المحض الذي يخضع لسنة التطور التاريخي الآلي ، دون بصر بحقيقة دور الإرادة الواعية والعقل الانساني في تكوينه «١» .

وكذلك فإن هذا المذهب باغفاله كل جهد للإنسان في تكوين القانون ، وقصره عمل المشرع على مجرد تسجيل ما يتولد من الضمير الجماعي — باعتبار أنه يصدر عن هذا الضمير صدوراً ذاتياً آلياً — يقود الى نوع من الجبرية أو القدرية التي تقعد بالهمم عن الاسراع في تطوير القانون ، ودفعه في سبيل التقدم والرقى «٢» . فيمسك الأفراد وقوفاً مكتوفي الأيدي انتظاراً للتطور المحتوم — الذي يجود به الزمن في صمت

Capitant, ibid. — Beudant, op. cit., No. 123. — Roubier, op. cit., (١) No. 13, p. 111.

Roubier, op. cit. No. 13, p. 112. — Del Vecchio, op. cit., p. 139. (٢)

حسن بغدادى ، المرجع السابق ، فقرة ٤٠ .



وبطء اذا بلغ الضمير الجماعى الاجل المعلوم ، فاكتملت له محتبات هذا التطور — لا يملكون له تحويلا ولا تعجيلا . فكان القانون يمضى — دون وعى أو شعور — الى مستقر له مجهول ، ويندفع معصوب العينين اندفاعا ذاتيا الى غير غاية أو هدف معلوم . وفى ذلك ما فيه من الكار لطبيعة القانون ، واخضاعه لقواعد السببية التى تحكم الظواهر الطبيعية . والقانون — كما سبق البيان — ليس من العلوم الطبيعية أو التقريرية حتى تصدق فى حقه قواعد السببية ، ولكنه من العلوم أو النظم التقويمية التى تفترض غاية معينة محددة تستهدفها الارادة الانسانية الواعية ، مما يتيح تقويم سلوك الأفراد وفقها ، والزامهم بالعمل على ادراكها .

وقد أثارت هذه النتائج التى ينتهى اليها المذهب التاريخى الفقيه الألمانى « اهرنج » ( Jhering ) ، ودفعته — وقد كان من أنصار هذا المذهب — الى مهاجمته وتأسيس مذهب جديد عرف باسم مذهب « الكفاح » ( Lutte ) أو « الغاية » ( But ) .

وقد احتفظ فى مذهبه الجديد هذا بما يعتنقه المذهب التاريخى من خضوع القانون لظاهرة التطور ، ولكنه رد هذا التطور الى الارادة الانسانية العاقلة الواعية ، لا الى تلك القوى الخفية اللاشعورية التى تتفاعل فى ضمير الجماعة . فالقانون عنده ليس من الظواهر الطبيعية أو المادية حتى يخضع لقانون السببية ، ولكنه يتغى غاية معينة يسعى الى تحقيقها ، ومن هنا لم يكن تطوره تطورا أعمى يندفع على غير هدى ، ولكنه تطور يندفع عن بصيرة واعية نحو تلك الغاية .

فالقانون اذن انما هو وسيلة مبصرة لادراك غاية معينة هى حفظ المجتمع ؛ وهذه الوسيلة تتحكم فيها وفى تكييفها — بما يكفل ادراك هذه الغاية — ارادة الانسان الواعية . والقانون على هذا النحو ليس وليد البيئة الاجتماعية ينشأ ويتطور آليا — كما يدعى المذهب التاريخى — ولكنه وليد الارادة الانسانية يصدر ويتطور عن وعى وادراك « ١ » .



ومادام القانون لا يتطور آليا ، ولكنه يتطور بفعل الارادة الانسانية ، فتطوره لا يتم غالبا في يسر أو لين ؛ اذ يقوم التنازع بين أصحاب المصالح المتعارضة في بقاء القانون وتطوره ، ويتوسل كل فريق بالكفاح لترجيح كفته ، فيرتهن تطور القانون اذن بنتيجة الكفاح والصراع . والتاريخ حافل بأمثلة الثورات والكفاح المرير في سبل تغيير النظم القانونية وتطويرها «١» . وأيّا كان الرأي في مذهب اهرنج ، واسرافه في تحكيم الارادة الانسانية وحدها في تكوين القانون وتطويره ، وتعلق ذلك على الكفاح الذي ترتبه نتيجته بالقوة لا بالحق ؛ فقد كان له فضل التنبيه الى أخطاء المذهب التاريخي في رد نشأة القانون ونموه الى حركة آلية لاشعورية ، وتصور القانون مندفعاً في تطوره الى غير غاية معلومة .

غير أن المآخذ على المذهب التاريخي لا تقف عند هذا المدى . فيبقى أنه يدعو الى نوع من الوطنية القانونية ، اذ يرى القانون وليد الروح الشعبى الجماعى بخصائصه القومية والوطنية المتراكمة على مر الزمن في تاريخ حياة كل أمة «٢» . وهو بذلك يغفل حقيقة واقعة ، هي أنه رغم اختلاف القوانين باختلاف بيئة وتراث كل أمة وجماعة ، فثمة قدر مشترك من الأسس والأصول العامة بين قوانين الأمم والجماعات المختلفة مرده وحدة العقل البشرى وتشابه الطبيعة الانسانية على اختلاف الزمان والمكان ؛ مما يحتم رد جوهر القانون ، لا الى عوامل البيئة المحلية القومية فحسب ، ولكن كذلك الى نشاط الارادة الانسانية البصيرة الواعية .

(١) انظر في ذلك قول « اهرنج » .

« Toutes les grandes conquêtes qu'enregistre l'histoire du droit, l'abolition de l'esclavage, de la servitude personnelle, la liberté de la propriété foncière, de l'industrie, des croyances, etc., ont dû être remportées au prix de luttes ardentes souvent continuées pendant des siècles; parfois se sont des torrents de sang, mais toujours se sont des droits anéantis qui marquent la voie suivie par le droit ». [ Jhering, Lutte pour le droit, cité par Charnent, op. cit., p. 86 ]

Roubier, op. cit., No. 13, p. 112. (٢)



ولفضلا عن ذلك فقد تقضت التجربة دعوى طبع القانون بطابع وطنى بحيث يربطه بخصائص الأمة وتاريخها • فثمة أمم ضربت صفحا عن عوامل بيئتها ، وما ثبت من تقاليدها وتاريخها ، وتقلت عن غيرها من الأمم المختلفة فى البيئة والتقاليد قوانينها الخاصة ، فما وقف هذا النقل عقبة فى سبيل نجاح تطبيق تلك القوانين فى غير بيئتها •

ولعل خير شاهد على فساد دعوى الوطنية القانونية التوفيق الذى صاحب تطبيق القانون المدنى السويسرى فى تركيا عقب الثورة الكمالية ، والنجاح الذى صادفه فى مصر — منذ الربع الأخير من القرن الماضى — تطبيق التقنيات المختلطة والأهلية المنقولة تقلا يكاد يكون حرفيا عن التقنيات الفرنسية فى غير مسائل الأحوال الشخصية ، رغم انقطاع الصلة فى البيئة والتقاليد والتاريخ بين هذه الدول •

وأما نظرة المذهب التاريخى الى العرف باعتباره الشكل الأمثل الذى يصدر به القانون ، فمجازاة منه لمنطقه فى نشوء القانون وتولده من الضمير الجماعى اللاشعورى ، وهو ما سبق تفنيده •

هذا فضلا عن أن تلك النظرة الى العرف — ان صحت فى عصور الانسانية الأولى حيث يكاد يتكون القانون تكوينا آليا — فهى لاتصدق اليوم فى شأن المجتمعات الحديثة التى قطعت من الحضارة شوطا غير يسير ، حتى تعددت فيها الحاجات وتعارضت المصالح ، مما حتم تدخل الارادة الواعية العاقلة — بنصيب موفور — فى تسيير القانون — وتخير أصلاح الوسائل وأقربها الى تحقيق الغاية منه ، حتى غدا التشريع اليوم — فى أغلب الدول — هو الشكل الأهم والأمثل للتعبير عن القواعد القانونية ، لا كمجرد آلة عمياء لتسجيل تكون القانون وتطوره الآلى ، ولكن كارادة بصيرة قادرة موجهة ، تهيمن على مصائر القانون فى حدود غايته المرسومة ، وتدفعه خطوات الى الأمام فى سبيل التطور والتقدم «<sup>١</sup>» •



وأياً ما كان الأمر ، فقد أتيح للمذهب التاريخي الذبوع والانتشار في القرن التاسع عشر ، ثم توالى عليه الهجمات منذ مهاجمة « اهرنج » له ، حتى غدا اليوم في الفقه مزعزع البنيان قليل الأنصار ؛ وان بقيت من تعاليمه حقيقة ارتباط القانون بالبيئة التي ينشأ فيها ، ولكن كعنصر من العناصر المكونة لجوهر القانون ، لا كعنصره الوحيد .

## المبحث الثاني

### مذهب التضامن الاجتماعي \*

La Doctrine de la Solidarité sociale.

#### ٧٠ - تمهيد

قلنا ان القرن التاسع عشر شهد مطلع فلسفة جديدة هي الفلسفة الواقعية ، حاولت أن تنفذ الى كل الآفاق ، فتخضع لنهجها كل معرفة انسانية ، دون تفرقة بين ما تتناوله من ظواهر ، طبيعية كانت أو ارادية . وقد وجدت هذه الفلسفة صدى لها عند فقيه من أكبر فقهاء فرنسا هو « دييجي » ( Duguit ) ، فنزلت من نفسه منزلة العقيدة والايان ،

#### \* المراجع :

Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. I, 3e éd., 1927. — Duguit, Leçons de droit public général, 1926. — Bonnard, Les idées de L. Duguit sur les valeurs sociales, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1932, Nos. 1 - 2, pp. 7 - 19. — Charmont, op. cit., pp. 194 - 203. — Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, No. 31, 33 - 38. — Géný, Science et technique en droit privé positif, t. II, Nos. 115 - 133; t. IV, pp. 159 - 213. — Le Fur, Le fondement du droit dans la doctrine de L. Duguit, Arch. de phil. du droit, 1932, Nos. 1 - 2, pp. 175 - 212. — Kira (H.), La théorie de l'abus de droit en droit français et en droit égyptien, thèse, Paris, 1952, notamment, pp. 14 - 36. — Réglade, Théorie générale du droit dans l'œuvre de L. Duguit, Arch. de phil. du droit, 1932, Nos. 1 - 2, pp. 21 - 67.

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرات ٤٥ - ٥٠ . — سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرات ١٩٣ - ١٩٥ . — محمد علي عرفه ، المرجع السابق ، ص ٤٢ - ٤٦ . — محمد علي امام ، المرجع السابق ، فقرة ٧٣ و ٧٤ .



واعتنق منهاجها العلمى الواقعى الذى يقوم على المشاهدة والتجربة ، واعتبره الطريقة الوحيدة للمعرفة الصحيحة • فاجتهد فى إخضاع القانون لهذا المنهاج الواقعى ، وتخلصه مما يهيمن عليه من مسلمات أولية لا يقوم عليها دليل مادى محسوس • وأسس — فى سبيل ذلك — مذهب « التضامن الاجتماعى » •

ولقد لقى هذا المذهب أول ظهوره حظا من الرواج عند نفر من الفقهاء استهواهم ما يقدم هذا النهج من دقة وتحديد ويقين ، تعين على اكساب القانون صفات الثبات والضبط والاحكام التى تنفرد بها العلوم الطبيعية • ولكن الجانب الأكبر من الفقه ظل مناوئا لهذا المذهب ، مهاجما له مهاجمة لا تخلو من عنف • وظل « ديجى » منذ أواخر القرن الماضى حتى مات عام ١٩٢٨ يدعو الى مذهبه ويخوض — للدفاع عنه — غمار خصومات علمية عديدة ، لم تفلح فى زحزحته عن موقفه ولا أفقدته ايمانه بصواب دعوته • ثم فقد هذا المذهب بموت « ديجى » القوة الجبارة التى كانت تسنده وتذود عنه • فما لبث أن تصدع ، وقد تكاثرت عليه الهجمات ، ورجع أخلص أتباع « ديجى » وأنصاره عن كثير من تعاليمه ، فضعف فى الفقه اليوم نصيب هذا المذهب من التأييد •

وأيا كان رأى فى مذهب التضامن الاجتماعى ، وفى صحة النتائج التى ينتهى اليها ، فقد أتاح للفقه — بما أثار من مسائل احتدم بشأنها النزاع — حركة من النشاط الموفور ، عادت على القانون بنفع غير منكور •

#### ٧١ — أسس مذهب التضامن الاجتماعى

لم يفتر « ديجى » — فى كل آثاره ومؤلفاته — عن الإلحاح فى بيان منهاجه فى البحث ، ووصفه بأنه منهاج واقعى بحث ، وفى أن المنهاج هو الكفيل وحده بتشبيد نظرية علمية للقانون ، يختفى فيها التسليم ابتداء بأصول ومبادئ أولية تفرض فرضا أو يستخلصها جهد العقل ، دون أن يقوم عليها دليل من الواقع المشاهد المحسوس • فذلك عنده ضرب من الخيال والأوهام وتجاوز لدائرة الواقع المعلوم حيث يسهل



التثبت واليقين ، الى دائرة المجهول مما يجاوز الطبيعة والمحسوس (La Méthaphysique) حيث يسعنى الحكم الا بالفروض والظنون ، وهو ما يتنزه عنه العلم الذى يستلزم الاحكام والضبط والتحديد . فالمعرفة العلمية الصحيحة التى ينبغى أن تتوافر للقانون — توافرها لغيره من العلوم — تحتم عنده اذن عدم الاعتداد والتسليم فيه الا بما تسجله « المشاهدة » (L'observatoir) وتؤيده « التجربة » (L'expérience) «<sup>١</sup>» .

ولم يكن ثمة مناص من أن يتأدى اتباع هذا النهج الواقعى البحث بديجى الى احداث انقلاب شامل فى تصور القانون ، فينكر كثيرا من الأسس التى يقوم عليها القانون ، كفكرة الحق ، وفكرة الشخصية القانونية بما فيها شخصية الدولة . وفكرة السيادة ، وفكرة الأصول أو الموجهات المثالية المهيمنة على وضع القواعد القانونية . وليس يعنينا فى هذا المجال أن نعرض — من ذلك كله — الا لانكار الفكرة الأخيرة ، فهذا الانكار هو الذى حدا بديجى الى اقامة القاعدة القانونية على أساس من الواقع التجريبي ، هو ظاهرة التضامن الاجتماعى .

يبدأ « ديجى » بتسجيل الحقائق الواقعية التى تقطع المشاهدة والتجربة بصحتها . وأول هذه الحقائق عنده أن الانسان كائن اجتماعى ، لا يملك أن يعيش الا فى المجتمع فلقد عاش فيه دائما ، وسيعيش فيه أبدا «<sup>٢</sup>» . وثانى هذه الحقائق أن الأفراد فى المجتمع تربطهم رابطة تضامن (Solidarité) : ذلك أن لهم حاجات مشتركة لا يمكنهم تحقيقها الا بالحيية المشتركة ، فهم مرتبطون اذن بنوع من التضامن ، هو « التضامن بالاشتراك أو التشابه » فى نفس الحاجات (Solidarité par similitude) . وكذلك فمقدرتهم وكفاياتهم مختلفة ، مما يرغمهم على تبادل الخدمات فى نوع من « التضامن بتقسيم العمل » (Solidarité par division du travail) «<sup>٣</sup>» .

(١) Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. I, pp. XV-XVIII; Leçons de droit public général, pp. 34 - 36.

(٢) Duguit, op. cit., t. I, § 5, pp. 65, 66.

(٣) Duguit, op. cit., t. I, § 7, pp. 85, 96.



فالإنسان لا يعيش اذن الا في مجتمع ، والمجتمع يرتبط أفراده  
برابطة التضامن لأنهم لا يستطيعون أن يعيشوا فيه بغير تضامن ، والتضامن  
لا بد لتحقيقه من قواعد تنظم سلوك الأفراد وفقه .

من كل هذه الحقائق الواقعية المتسلسلة تولد فكرة الأصل أو  
الحد الاجتماعي (norme sociale) الذي يوجب الامتناع عما يخل أو يضر  
بالتضامن الاجتماعي ، كما يوجب العمل على تحقيق هذا التضامن وتنميته .  
والأصل الاجتماعي قد يكون مجرد أصل اقتصادي (norme économique)  
حينما يحكم نشاط الأفراد المتصل باتجاج وتداول واستهلاك الثروات ؛  
ولا يترتب على مخالفته من جزاء الا خسارة محققة في الثروة . وقد  
يكون أصلاً أخلاقياً (norme morale) ، يضع قواعد للآداب والتصرف في  
الحياة الاجتماعية ، ينبغي التزامها اذا أريد عدم التعرض لاستنكار الناس «<sup>١</sup>» .  
وقد يرتفع الأصل الاقتصادي أو الأصل الأخلاقي الى مرتبة الأصل  
القانوني (norme juridique) ، فيتخذ الجزاء على مخالفته صورة الاجبار  
الاجتماعي (contrainte sociale) عن طريق استخدام القوة المنظمة التي تحتكرها  
الحكومات اليوم في الدول الحديثة باعتبارها سلطة الاجبار في الجماعة .  
ولكن متى يرتفع الأصل الاقتصادي أو الأخلاقي الى مرتبة الأصل  
القانوني الذي تكفل احترامه قوة الاجبار الاجتماعي ؟ • لا يسلم «ديجى»  
بأن الأصل يصبح قانونياً بمجرد ترتب اجبار اجتماعي على مخالفته ، والا  
اتتهى الأمر الى أن تكون الدولة — وهى التى تحتكر سلطة الاجبار فى  
الجماعة — هى التى تخلق القانون ، مما يجعل القوة هى أساس القانون ،  
وهو ما لا يمكن قبوله • ولكنه يرى أن الأصل يصبح قانونياً عندما تدرك  
كتلة الأفراد المكونين للجماعة أن احترامه ضرورى لحفظ التضامن  
الاجتماعي ، وأن كفالة هذا الاحترام تقتضى استخدام قوة الاجبار  
الاجتماعي «<sup>٢</sup>» أى أن معيار الأصل القانوني أو أساس القاعدة القانونية

(١) Duguit, op. cit., t. I, § 8, pp. 89 - 91.

(٢) Duguit, op. cit., t. I, § 8, pp. 93, 94.



كان عند « ديجي » هو شعور جمهور الأفراد بالتضامن الاجتماعي ، وباختلاله ان لم تقف على كفاءته قوة الجماعة المادية المنظمة .

ثم بدا لديجي في أواخر أيامه — ازاء ظهور عدم كفاية شعور التضامن الاجتماعي كأساس للقاعدة القانونية — أن يعززه بأساس ثان هو شعور العدل ، وهو يدرس على التتبيه الى أنه لا يقصد بهذا الشعور الأخير التعبير عن مبدأ أو مثل أعلى للعدل أو عن فكرة العدل في ذاتها — فذلك ضرب من المسلمات الأولية التي يطرحها — وانما يقصد به ذلك الشعور المبهم — في قليل أو كثير — لدى جمهرة الأفراد في المجتمع بما هو عدل وبما ليس بعدل «<sup>١</sup>» .

فانه ان يكن لدى الفرد شعور بالتضامن مع غيره من الأفراد ، فذلك لأنه كائن اجتماعي . ولكنه في ذات الوقت كائن فردي ، عنده شعور أناي أي شعور بنفسه وبأنه فرد له قدر من التفرد والاستقلال ، وذلك يوجد عنده شعور العدل ، وهو شعور خاص بالطبيعة الانسانية لا فكرة عقلية مطلقة يستخلصها العقل . ذلك أن شعور كل فرد بكيانه المستقل عن سائر الأفراد وبحقوقه التي يختص بها وحده دونهم ، يلزم كلا منهم باحترام كيان الآخرين وحقوقهم الخاصة وعدم الاعتداء عليها «<sup>٢</sup>» .

فنشاط الانسان اذن محكوم دائما بشعوره المزدوج بصفته الاجتماعية التي تولد عنده شعور التضامن ، وبصفته الفردية التي تولد عنده شعور العدل . ومن هنا كان أساس القاعدة القانونية — فيما ينتهي اليه «ديجي» — أساسا مزدوجا يقوم على عنصرين: الأول هو «شعور الاجتماعية»

( sentiment de la socialité ) أو « شعور التضامن » ( sentiment de la

solidarité ) ، والثاني هو « شعور العدل » ( sentiment de la Justice ) «<sup>٣</sup>» .

---

Duguit, op. cit., t. I, § 11, p. 119. (١)

Duguit, op. cit., t. § 11, pp. 120, 121. (٢)

Duguit, op. cit., t. I, § 11, pp. 124, 125. (٣)



وبذلك يتوافر للقاعدة القانونية الأساس الواقعي المستمد من المشاهدة والتجربة ، بدلا من الأساس التقليدي الذي يقوم على مجرد التصور والتفكير فيفرض بضعة من المبادئ أو المثل العليا كمسلمات أولية .  
فالقاعدة القانونية اذن عند « ديجي » ليست هي تلك القاعدة التي توضع بالتطبيق لأصل أو مثل أعلى ، كما يدعى مذهب القانون الطبيعي ؛ ولا تلك القاعدة التي يقوم على كفالة احترامها اجبار الدولة فعلا ، كما تدعى المذاهب التي تعقد القانون بمشيئة الدولة ؛ ولكنها هي تلك القاعدة التي يشعر جمهور الأفراد المكونين للجماعة أنها ضرورية ولازمة لصيانة التضامن الاجتماعي ، وأن من العدل تسخير قوة الاجبار في الجماعة لكفالة احترامها « ١ » .

#### ٧٢ - نقد مذهب التضامن الاجتماعي

أول وأهم ما يرد من نقد على مذهب « ديجي » هو منهاجه الواقعي التجريبي الذي يريد أن يخضع له القانون . فان مثل هذا المنهاج ، ان كان يصدق في شأن الظواهر الطبيعية التي تخضع لناموس « السببية » (Causalité) حيث لا يتصور تخلف النتيجة ان وجد السبب ، فهو لا يصدق في شأن الظواهر الارادية التي تخضع لناموس « الغاية » ( finalité ) حيث يتصور تخلف الارادة عن تحقيق الغاية المرسومة .  
ذلك أن الظواهر الطبيعية مسيرة لامخيرة تتحقق آليا اذا توافرت أسبابها ، أما الظواهر الارادية فلا يوجد في شأنها الا واجب تحقيق غاية معينة ، فتملك الارادة طاعته كما تملك عصيانه على السواء . فالقانون — وهو يحكم الظواهر الارادية — لا يملك اخضاع الفرد قسرا لفعل معين ، كما يملك اخضاعه لذلك قانون الجاذبية مثلا ، اذ ليس هو بقانون وجوده وانما هو قانون واجبه فحسب . والوجود ان كان يدرك بالمشاهدة والتجربة ، فلا كذلك الواجب . اذ الواجب مفروض لادراك غاية مرسومة ، والغاية انما يتصورها ويستخلصها العقل خارج دائرة المشاهدة والتجربة ،



وفرضها — كمثل أعلى — فرضا مسلما لا يقبل النقاش •  
ومن هنا ، فالقانون — وهو يفرض واجبا بتحقيق غاية معينة —  
انما يقوم سلوك الأفراد الحاصل في العمل تقويما يوافق تلك الغاية • فهو  
لا يقنع اذن باصدار احكام تقريرية ( jugements de réalité ou d'existence )  
تسجل الواقع الذي شهدت به التجربة، شأن العلوم الطبيعية؛ ولكنه يجاوز  
ذلك الى اصدار احكام تقويمية ( jugements de valeur ) في شأن الواقع  
أى يعطى للواقع قيمة معينة بالقياس الى مثل أعلى يفرضه العقل «<sup>(١)</sup>» •  
فالقانون لا يقرر اذن ما هو كائن ، وانما يقوم ما هو كائن تقويما يقرر به  
ما ينبغى أن يكون ؛ أى ينتقل من الواقع الى الواجب ، فيجاوز بذلك  
دائرة المشاهدة والتجربة الى دائرة العقل والتفكير حيث يمكن  
التقدير والتقويم •

كل ذلك يفصح عن أن الواجب لا يمكن أن يخرج من الواقع ،  
أى أن القانون لا يمكن أن يخرج من المشاهدة والتجربة ، وانما هو  
أساساً عمل تقويمي يقوم به العقل فيما وراء المحسوس • فاختراع  
القانون للمنهاج الواقعي التجريبي اذن — كما يفعل « ديجي » — انما هو  
اغفال لنسبة القانون وانكار لوظيفته ، مما ينتهي به الى أن يستمد شرعيته  
في النفوس من مجرد وجوده ، لا من افتراض وجوبه • وهذا ما ينزلق

---

(١) راجع في التفرقة بين الظواهر الطبيعية والظواهر الارادية ، وفي  
التفرقة بين الاحكام التقريرية والاحكام التقويمية •

Baudin, Introduction générale à la philosophie, 1927, pp. 160, 161. —  
Bonnard, L'origine de l'ordonnement juridique, Mélanges Hauriou, pp.  
61 - 64. — Bonnard, Les concepts de la science et de l'Etat, Revue du droit  
public et de la science politique, 1943, pp. 234, 239-241. — Capitant (R.),  
thèse précitée, pp. 1 et s., note (1), pp. 90, 91. — Draghicesco, article précité,  
p. 245 et s. — Génys op. cit., t. I, Nos. 22, 30, 60. — Lalande, Lectures sur  
la philosophie des sciences, No. 94 et s. — Réglade, op. cit., p. 29 et s. —  
Réglade, Essai sur le fondement du droit, Arch. de phil. du droit, 1933, Nos.  
3-4, p. 165 et s. — Roubier, op. cit., No. 14, p. 126 et s. — Kira (H.), thèse  
précitée, pp. 19 - 22.



اليه « ديجى » فعلا حين يصف القاعدة القانونية بأنها مجرد قاعدة واقع ، تفرض على الأفراد بقوة الواقع لا بمقتضى مبدأ أو مثل أعلى أياً كان ؛ فهي عنده لا تقول للفرد : « افعل هذا ، لأن هذا خير أو نافع أو تتوقف عليه سعادتك ، بل تقول له افعل هذا لأن هذا كائن ؟ .. » «<sup>١</sup>» . فماذا يبقى للقانون من قيمة اذن ان كان يفرض بقوة الواقع لا بقوة الواجب ؟ «<sup>٢</sup>» .

ويبقى بعد ذلك أن نسجل على « ديجى » أنه كثيرا ما ينزلق الى مجاوزة حدود الواقع التجريبي الى ما وراء المحسوس ، فيناقض نفسه ومنهاجه العلمى الذى يلتزم به «<sup>٣</sup>» . فهو يقيم القاعدة القانونية على أساس شعور التضامن بين الأفراد فى المجتمع باعتبار أن هذا الشعور واقع مثبت منه بالمشاهدة والتجربة . ولكن ليس هذا بالواقع الوحيد الذى يمكن اثباته علميا ، فثمة واقع تجريبي آخر هو التنافس والتنازع بين الأفراد فى المجتمع . فكيف تخير « ديجى » شعور التضامن دون شعور التنازع بين الأفراد ، وجعله أساسا للقاعدة القانونية ، الا أن يكون قد عمد الى تقويم كل من الشعورين بالقياس على مبدأ أو مثل أعلى يفرضه العقل ، فيكون بذلك قد ارتفع من التقرير الى التقويم ، فخرج من المحسوس الى ما وراء المحسوس ، وجاوز نطاق العلم الى نطاق الفكر «<sup>٤</sup>» .

هذا فضلا عن أن التضامن فيه الصالح والطالح ، ولا يمكن أن يكون المقصود هو جعل أساس القاعدة القانونية التضامن أيا كان أو التضامن الطالح ؛ وانما الذى لاشك فيه أن « ديجى » قد قصد التضامن فى الخير والعدل كأساس للقانون ، فيكون بذلك قد أصدر حكما تقويميا

(١) Duguit, L'Etat, le droit objectif et la loi positive, p. 16.

(٢) Kira (H.), thèse précitée, p. 34.

(٣) راجع فى ذلك :

Gény, op. cit., t. II, § 133, p. 264 et s. — Cuche (P.), Conférences de philosophie du droit, 1928, 2me conférence, pp. 52 - 58.

(٤) انظر فى هذا المعنى :

مهد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ٥ ،



على التضامن دون اكتفاء بمجرد التقرير في شأنه ، وهو ما يخرج به عن دائرة الواقع المحسوس الذي يلتزمه . فالتضامن اذن — كحقيقة واقعية تجريبية — لا يصلح أساسا للقاعدة القانونية الا باعطائه قيمة معينة بالقياس على مثل أعلى يستخلصه العقل ، مما يثبت استحالة اتخاذ الواقع وجده أساسا للقانون .

ولعل وضوح هذه الحقيقة هو الذي حمل « ديجي » في أواخر أيامه على أن يعزز شعور التضامن بشعور العدل كأساس للقانون . وقد كان ذلك خليقا أن يتيح له الأساس السليم لمذهبه ، لولا أنه قنع من العدل بالشعور الذي يمثله له جمهور الأفراد ، فلم يرتفع الى فكرة العدل في ذاته كفكرة مثالية مجردة . ولا يحتاج مثل هذا النظر الى التدليل على ما يجر اليه من خطر تحكيم الأهواء والعقائد والنزعات ، اذ يجعل من العدل مجرد شعور شخصي صادر من جمهور الناس ، لا حقيقة ثابتة موضوعية يستخلصها العقل ويفرضها على الناس . وليس يدرك القانون غايته ، فيأمن الفوضى والتحكم ، الا اذا استوى على الحقائق الموضوعية دون النزعات الشخصية .

ومن هنا ينبغي — في تأصيل القانون — الاستناد الى حقيقة العدل كما يفرضه العقل ، لا الى واقع ما يمثله جمهور الأفراد في جماعة من الجماعات للعدل ؛ فالأفراد هم الذين يخضعون للعدل وليس العدل هو الذي يخضع للأفراد حتى يرتعن بادراكهم أو اعتقادهم . والقول بغير ذلك — كما يذهب « ديجي » — يحتم اعتبار نظم كالرق والتفرقة العنصرية — التي وجدت في الجماعات القديمة ، والتي مازالت موجودة عند بعض الجماعات الحديثة — نظما عادلة ، لمجرد شعور الأفراد في هذه الجماعات واعتقادهم أنها كذلك ؛ وهو ما لا يمكن التسليم به «<sup>١</sup>» .

ويبقى بعد ذلك أن مذهب « ديجي » يحتم منطقه جعل القاعدة القانونية رهنا بشعور واردة أغلبية الأفراد . وهو ، وان كان يتحرز

---

Kira, thèse précitée, p. 31. (١)



من التصريح بذلك ، اذ يتكلم حينئذ عن « الاجماع » ( *unanimité* )  
وحينا آخر عن « شبه الاجماع » ( *Quasi-unanimité* ) <sup>(١)</sup> ، وغالبا عن  
« جمهور الأفراد » ( *La masse des individus* ) <sup>(٢)</sup> ، الا أن ظروف العمل  
لا تسمح بتوافر اجماع الأفراد في الجماعة على شعور معين بشأن  
التضامن أو العدل ، ولا بما يقرب من الاجماع على ذلك . فلا ينبغي  
اذن الا أن يكون المقصود هو كثرة الأفراد أو غالبيتهم ، وهو ما قد  
يفصح عنه اصطلاح « جمهور الأفراد » الذي يكثر « ديجي » من ترديده .  
فكان القاعدة القانونية في مذهب « ديجي » تنتهي الى أن تكون هي  
تلك القاعدة التي يجتمع شعور أغلبية الجماعة على أن التضامن الاجتماعي  
يختل اذا لم يكفل احترامها ، وعلى أن من العدل كفالة هذا الاحترام بقوة  
الاجبار الجماعي .

وتعليق الأمر بأغلبية عددية لا يمكن التسليم به في شأن القاعدة  
القانونية ، فلا عبرة في مجال الحقائق بقلة العدد أو وفرته . فالحقيقة  
توجد في نفسها وجودا مستقلا عن وجودها في شعور الناس ومعتقداتهم،  
بحيث لا ينتقص منها أو ينقضها أنه لا يعتنقها الا قلة من الأفراد ، أو حتى  
أنه لا يعتنقها أحد من الأفراد . فرغبة أغلبية الأفراد في جماعة من الجماعات  
مثلا في اباحة تعاطي المخدرات ، لا تثبت بحال من الأحوال فضل الاباحة  
على التحريم في هذا الشأن . وفي العصور القديمة كان الاجماع أو شبه  
الاجماع منعقدا على تأييد نظام الرق ، وليس ذلك وحده بكاف لتبرير  
شرعية هذا النظام .

والمهم أن تعليق القاعدة القانونية بارادة الأغلبية — كما ينتهي الى  
ذلك فعلا مذهب « ديجي » — فيه مناقضة للغاية التي كان يسعى اليها  
« ديجي » من التفرقة بين « القانون الحقيقي أو الموضوعي » ( *le droit objectif* )  
وبين « القانون الوضعي أو المطبق » ( *le droit positif* ) ، أي بين القانون في

Duguit, op. cit., t. I, § II, p. 124. (١)

Duguit, op. cit., t. I, § 6, p. 81; § 8, p. 94; § 12, p. 127; (٢)

§ 13, p. 144.



ذاته وجوهره ، وبينه في تطبيقه وإيجابيته • اذ ينتهي الأمر عملا الى أن يكون القانون الحقيقي أو الموضوعى هو نفسه القانون الوضعى مادام أنه مرتين بأرادة الأغلبية ؛ وأرادة الأغلبية — فى أكثر الدول اليوم حيث تسود الديمقراطية — هى التى تصنع أكثر قواعد القانون الوضعى — فتصبح القاعدة القانونية بذلك هى القاعدة المطبقة فى العمل • وتلك نتيجة تقرب من النتائج التى ينتهى إليها مذهب رد القانون الى مشيئة الدولة ، ذلك المذهب الذى حاربه « ديجى » نفسه وعارضه بمذهبه فى وجود قانون أعلى مستقل عن القانون الوضعى ، هو القانون الحقيقى الذى يتكون فى شعور الأفراد •

وأيا ما كان الأمر ، فلم يتح لمذهب « ديجى » أن يجمع حوله جانبا كبيرا من الفقه ؛ فظل الفقه فى كثرته الغالبة منكرا له مبصرا بخطأ ما يدعو اليه من تلمس أساس واقعى للقاعدة القانونية ، مما حمل ألساره — بعد موت صاحبه — على العدول عن كثير من أسسه ونتائجه • ولكن أيا كانت أخطاء هذا المذهب ، فيبقى أن له فضلا غير منكور فى زعزعة الاعتقاد الذى كان سائدا بأن القانون هو مجرد عمل عقلى بحث بما سلط من أضواء على الحقائق الواقعية المستمدة من الحياة الاجتماعية ، وأثرها فى تكوين القانون ، فلا يتصور — فى تأسيس القانون وتأصيله — اغفال هذه الحقائق ؛ وإن يكن من الاسراف تضخيم أثرها تضخيما يحجب غيرها من العوامل والحقائق التى يسلم بها العقل ، كما فعل « ديجى » •



## الفصل الثالث

### الجمع بين فقه المدرسة المثالية والمدرسة الواقعية

#### ٧٣ - ضرورة الجمع بين المدرستين

يخلص من كل ما تقدم أن الغلو والاسراف في تصور جوهر القانون هما طابع فقه كل من المدرستين المتعارضتين : المدرسة المثالية والمدرسة الواقعية . ومرد هذا الغلو والاسراف قصر كل مدرسة النظر الى ناحية دون أخرى . فالمدرسة المثالية لاتبصر الا بالناحية الروحية في الانسان ، فتنزلق الى الاسراف حين تتصور القانون مجرد عمل عقلي تفكيرى محض ، لا صلة له بالحقائق الواقعية التى تزخر بها الحياة الاجتماعية . والمدرسة الواقعية لاتبصر الا بالناحية المادية في الانسان ، ووجوده المحسوس في المجتمع ، فتنساق بدورها الى غلو عكسى صرف حين تتصور القانون مجرد عمل تجريبي بحت ، ينبع من واقع الحياة لا من عقل الانسان أو ضميره .

من أجل ذلك ينبغى - فى تصور جوهر القانون - النظر الى الناحيتين جميعا ، دون الاقتصار على ناحية منها دون الأخرى . فان يكن الانسان له وجود محسوس ككائن مادي ، مما يتيح اخضاع نشاطه لمنهج علمى واقعى تجريبى ؛ فينبغى عدم اغفال وجوده غير المحسوس ككائن روحى يستعصى على المنهج التجريبى ، ولا يخضع الا لما يمليه عليه العقل - فيما وراء دائرة المشاهدة والحس - من غاية ومثل عليا ، وما يفرضه عليه من واجب توجيه نشاطه ومسلكه نحو ادراك هذه الغاية أو تحقيق تلك المثل .

فكلما أن الانسان مزاج من المادة والروح ، فكذلك القاعدة التى



تحكم سلوكه في المجتمع • أى أن القاعدة القانونية — في مادتها وجوهرها — مزاج من حقائق الحياة الاجتماعية التى تسجلها المشاهدة والتجربة ، ومن المثل العليا التى يستخلصها العقل فيما وراء المحسوس ، أو هى مزاج من المعرفة التى يكشف عنها العلم ، ومن التفكير الذى يستخلصه العقل •

وهذا الازدواج في طبيعة الانسان ، وما يستتبعه من ازدواج في جوهر القاعدة القانونية ، قد أدركه « ديجي » نفسه في أواخر أيامه — وهو زعيم القائلين بالمنهج التجريبي في القانون — فاعترف بأن الانسان له — فضلا عن طبيعته الاجتماعية أو المادية التى تولد شعور التضامن الاجتماعى — طبيعة فردية أو روحية تولد شعور العدل • ولكنه لم يسر في الشوط الى نهايته ، فالتوى به السبيل ، اذ ظل على التزامه المنهج العلمى التجريبي حتى فيما تجرى به طبيعة الانسان الروحية مما يجاوز دائرة المنظور والمحسوس ، فانتهى الى مسخ « العدل » من فكرة مطلقة يستخلصها العقل ، الى مجرد شعور نسبى تسجله المشاهدة والتجربة • ففقد بذلك السند القوى الذى كان يفتقده مذهبہ ، فظل هذا المذهب — رغم تنقيحه — أبترا عرج •

فالقاعدة القانونية التى تحكم سلوك الانسان في المجتمع ، هى قبل كل شيء اذن قاعدة تقويمية : لاتقنع بتقرير الواقع من الحياة الاجتماعية عن طريق المشاهدة والتجربة ، بل تجاوز ذلك الى فرض واجب معين عن طريق تقويم هذا الواقع بالقياس على ما يفرضه العقل من مثل أعلى • فالواقع وحده قاصر عن تكوين جوهر القاعدة القانونية أو تأسيسها ، لأن المشاهدة — ان كانت تملك تسجيل الواقع — فهى تعجز عن تقويمه ، اذ التقويم يستقل به العقل فيما وراء المحسوس •

فتنبغى اذن التفرقة بين الوجود والوجوب ، والتمييز بين ما هو كائن وبين ما ينبغى أن يكون • أما الوجود فيدرك بالحس والمشاهدة لأنه كائن واقع • ولكن ليس كل موجود واجب الوجود • ولا يمكن



بالمشاهدة تحديد ما يجب وجوده وما لا يجب له الوجود ، اذ المشاهدة مجرد تجديد للوجود ، وهما سواء في هذا الوجود . فلا مناص اذن من مجاوزة دائرة الحس والواقع لتحديد الواجب ، فيكون مناط الوجوب هو موافقة الموجود لما يفرضه العقل من مثل أعلى . ومن هنا يكون من المحال — والقاعدة القانونية تكليف بواجب — انكار دور العقل — بعيدا عن كل مشاهدة وتجربة — في تكوينها وخلقها .

غير أن العقل ، ان يكن يسهم بنصيب موفور في تكوين القاعدة القانونية ، فلا يعنى ذلك أنها تصبح مجرد عمل عقلى تفكيرى محض لاصلة له بالواقع الملموس المحسوس كما تدعى المدرسة المثالية ، والا انقلبت الى قاعدة نظرية بحتة لا تصلح للتطبيق في نطاق العمل فتكون ضربا من العبث أو الخيال . فلا يتصور اذن في تكوين القاعدة القانونية اغفال ما تسجله المشاهدة والتجربة من حقائق الحياة الاجتماعية وما يتفاعل فيها من عوامل مختلفة .

فتكوين القاعدة القانونية اذن ، انما يقوم على معرفة الواقع والبصر بمقتضياته وحاجاته بصرا صحيحا عن طريق المشاهدة والتجربة ، وعلى فرض الواجب في شأن هذا الواقع وفق ما يمليه العقل من غاية أو مثل أعلى . فهو عمل عقلى علمى في آن واحد .

وقد غدت كثرة الفقهاء الغالبة اليوم تؤيد هذا التحليل لتكوين جوهر القاعدة القانونية ، فتجمع بذلك بين فقه المدرسة المثالية وفقه المدرسة الواقعية .

ولعل من أبرز هؤلاء الفقهاء الفقيه الفرنسى العظيم «جيني» ( Gény ) فاليه يرجع أولا أكبر الفضل في التفرقة — بصدد تكوين القاعدة القانونية — بين الجوهر والشكل ، في مؤلفه القيم عن « العلم والصياغة في القانون الخاص الوضعى » ( science et technique en droit privé positif ) . فالجوهر أو المادة الأولية ( donné ) ، هو ما يستخلص من حقائق الحياة الاجتماعية



طبقا لمثل أعلى معين ، والشكل أو البناء (construct) ، هو الصورة أو الهيئة التي تعطى لهذا الجوهر حتى يصبح صالحا للتطبيق في نطاق العمل . وقد فضل « جيني » تسميه الجوهر أو المادة الأولية : « العلم » ( science ) وتسمية الشكل أو البناء : « الصناعة » أو « الصياغة » ( technique ) . وقد رسخت هذه التفرقة بين الجوهر والشكل أو بين العلم والصياغة ، حتى صارت اليوم من الأسس التقليدية المسلمة في فقه أصول القانون .

وليس يعنينا في هذا الفصل الا الكلام عن جوهر القاعدة القانونية أو ما يسميه « جيني » : « العلم » . وينبغي التنبيه في هذا المقام الى أن اصطلاح « العلم » هنا لا يقصد به « جيني » المعنى الضيق الذي يقصده أنصار المدرسة الواقعية ، أي المعرفة اليقينية المستندة الى المشاهدة والتجربة ، بل يقصد به المعنى الواسع أي كل معرفة منطقية منهجية تجريبية كانت أو عقلية . ولذلك فهو يمزج — في تصوره لجوهر القاعدة القانونية أو لعنصر العلم فيها — بين فقه المدرسة المثالية وفقه المدرسة الواقعية ، فيرد هذا الجوهر الى حقائق بعضها تجريبي وبعضها عقلي . ولا زالت هذه الحقائق التي بسطها « جيني » هي الأساس الذي يقوم عليه في الفقه الحديث اليوم تعرف العناصر المكونة لجوهر القاعدة القانونية ، مع خلاف يسير في التفصيل أو التقسيم . فنعرض أولا لمذهب « جيني » ، لننتهي الى بسط ما يستقر عليه جمهور الفقهاء المحدثين من رد جوهر القاعدة القانونية الى عنصر واقعي وعنصر مثالي .

وعلى ذلك تقسم الكلام في هذا الفصل الى بحثين :  
المبحث الأول — في العناصر المكونة لجوهر القاعدة القانونية عند « جيني » .

المبحث الثاني — في عنصر الواقع وعنصر المثال في تكوين جوهر القاعدة القانونية .



## المبحث الأول

### العناصر المكونة لجوهر القاعدة القانونية عند « جيني »

يرد « جيني » العناصر المكونة لجوهر القاعدة القانونية الى أربعة :  
حقائق واقعية أو طبيعية ، وحقائق تاريخية ، وحقائق عقلية ، وحقائق  
مثالية . فنعرض لكل منها على التوالي فيما يأتى .

#### ٧٤ - الحقائق الواقعية أو الطبيعية ( données réelles ou naturelles )

هى تلك الحقائق التى تتكون من ظروف الواقع المحيطة بالناس فى  
الجماعة . وهذه الظروف قد تكون مادية كظروف المناخ والتربة وتكوين  
الانسان العضوى أو الجسمى ؛ وقد تكون معنوية كالحالة النفسية أو  
النزعات الأخلاقية أو الشعور الدينى ؛ وقد تكون مجرد ظروف اقتصادية ،  
أو قوى سياسية أو اجتماعية «<sup>١</sup>» .

غير أن هذه الحقائق الواقعية لا تخلق بذاتها القواعد القانونية ،  
ولكنها ترسم لها الحدود وتعين النطاق أو على الأقل تكون البيئة اللازمة  
لنشئها ، فهى اذن مجرد حقائق أولية من اللازم ادخالها فى الاعتبار ، ان  
لم يكن لشيء ، فلتشيت الوضع الذى تعرض به مسائل القانون أو لتحديد  
مداها ابتداء «<sup>٢</sup>» .

فمثلا وجود جنسين من الناس : ذكر وأنثى ، يمكن ارتباطهما ارتباطا  
من نوع خاص ، يعتبر حقيقة واقعية أو طبيعية ، تثير مسألة التنظيم القانونى  
لمثل هذا الارتباط . واذا كانت هذه الحقيقة لا تستطيع بمفردها تحديد

(١)

Gény, Science et technique en droit privé positif, t. II, No. 167, p. 371.

Gény, op. cit., No. 167, pp. 371, 372 (٢)



قواعد الزواج ، فهي على الأقل تبين فكرته ، لتوضح مثلا أن هذا الارتباط — أيا كانت القواعد التي يجب أن تحكمه — لا يمكن أن يوجد — بطبيعته الخاصة بين كائنين من نفس الجنس • وكذلك فإن الاختلافات العضوية أو النفسية أو المادية بين الذكر والأنثى ، تقود الى التسليم باختلاف في المركز القانوني بين الزوج والزوجة في هذا الارتباط ، وهو اختلاف تسهم كذلك الظروف الاقتصادية والسياسية للبيئة الاجتماعية في التأثير فيه وتوجيهه ، بما تعمل على توسيعه أو تضيقه «<sup>١</sup>» •

وكذلك فإن مسألة النسب التي ينحصر تنظيمها القانوني أساسا في مشكلة الإثبات ، تختلف مطالب القانون في شأنها باختلاف نسب الأمومة أو نسب الأبوة ، تبعا لاختلاف حقائق الواقع في هذا الصدد • فنسب الأمومة يتأتى اثباته دون عناء من واقعة محددة شائعة يسيرة التسجيل هي واقعة الولادة • أما نسب الأبوة ، فيستعصى على الإثبات المباشر الإيجابي ، نظرا الى أن مصدره يحوطه الغموض والابهام بالطبيعة • وبذلك تخضع القواعد القانونية في هذا الشأن خضوعا محتوما لمثل هذه الاتجاهات الواقعية التي لا يتأتى اغفالها أو اهدارها «<sup>٢</sup>» •

وهذه الحقائق الواقعية أو الطبيعية تخضع لطرق المعرفة الواقعية اليقينية من مشاهدة وتجربة ، ولذلك فهي حقائق علمية بالمعنى الضيق الدقيق • وهذه الصفة العلمية اليقينية المنزهة عن التحكم وعن كل تنظيم فني مصطنع ، تفرض هذه الحقائق على الإرادة فرضا حتميا ، مما يجعلها شرطا أساسيا جوهريا لإنشاء القاعدة القانونية ، وإن لم يجعلها كافية وحدها لتبريرها والاستقلال بخلقها «<sup>٣</sup>» •

---

Gény, op. cit., No. 167, pp. 372, 373. (١)

Gény, op. cit., No. 167, p. 373. (٢)

Gény, op. cit., No. 167, p. 375. (٣)



٧٥ - الحقائق التاريخية ( données historiques )

تشمل هذه الحقائق ما تكون من قواعد لتنظيم الحياة والسلوك في المجتمع ، ثبتت على مر الزمن مما أكسبها صلابة وقوة واحتراما ، جعلت منها تراثا مكتسبا لا يمكن اغفاله أو التحلل منه كليا في تكوين القانون «<sup>١</sup>» . وهذا التراث التاريخي من الأوضاع القانونية ، لا يتكون - كالحقائق الواقعية - من عناصر مادية أولية سلبية ، بل يتضمن قواعد متكونة جاهزة ، صالحة لتوجيه نشاط الأفراد في المجتمع «<sup>٢</sup>» .

فاتحاد أو ارتباط الجنسين مثلا ، يبدو لنا اليوم - باستقراء الحقائق التاريخية وحدها - في شكل الزواج ، أي في شكل نظام محكم الشروط والآثار - على اختلاف في ذلك بحسب الزمان والمكان - ، وخاضع دائما لرقابة سلطة اجتماعية دينية كانت أو مدنية مما يسبغ عليه صفة شرعية . فمثل هذا النظام يبدو اذن نتيجة لعامل المدة الذي يضاف الى الحقائق الواقعية فيكسبها قوة وهيبة .

وكذلك فان وسائل اثبات النسب تكمل وتحدد ، في عناصرها الطبيعية ، بالأحكام التشريعية أو العرفية التي تجمعت على مر الزمن وأصبحت اليوم جزءا من التراث القانوني المكتسب ، والتي تجمعها - رغم الاختلافات المحلية - أفكار عامة مشتركة ؛ مثل قاعدة « الولد للفراش » أي يثبت نسبه لزوج الوالدة ، والقواعد التي تضع قرائن قانونية على أدنى وأقصى مدة الحمل «<sup>٣</sup>» .

فمن المحال اذن اغفال دور الحقائق التاريخية في تكوين القانون . اذ يقوم على أساسها كل اصلاح أو بناء قانوني جديد . فهي نتيجة خبرة تولدت عن طول التجربة ، مما يجعل لها حجية مسلمة ، ليست بالمطلقة

---

Gény, op. cit., No. 168, p. 376. (١)

Gény, op. cit., No. 168, p. 377. (٢)

Gény, ibid. (٣)



ولا الدائمة ، ولكنها حجة مؤقتة ، لاتصد عن التطور ، وان تكن تعصم من الاندفاع أو التهور «<sup>١</sup>» .

وعذه الحقائق التاريخية حقائق علمية بالمعنى الصحيح ؛ فالتاريخ ليس سوى التجربة التي مرت بها الانسانية ، فيكون الشأن في تعرفه وتسجيله الى مجرد المشاهدة . والحقائق التاريخية بذلك تكون قادرة على اعطاء القانون أساسا راسيا ، فبعض الأنظمة القانونية الرئيسية — كنظام الملكية الفردية الذي مازال أساسه العقلي محل خلاف كبير — تجد سندها في التطور التاريخي الذي خرجت منه «<sup>٢</sup>» .

#### ٧٦ — الحقائق العقلية ( données rationnelles ) .

لا تكفى الحقائق الواقعية ولا الحقائق التاريخية لوضع القواعد اللازمة لتوجيه سلوك الأفراد في المجتمع توجيهها مقنعا . فمثل هذا التوجيه — الذي يخضع لحكم الارادة العاقلة للانسان — لا يمكن التماسه أو استخلاصه من حقيقة الواقع أو من حجة التقليد وحده ؛ وانما هو يلتمس في أفق أعلى حيث يعمل العقل على ملائمة حقائق الواقع والتاريخ وموافقتها على ما يفرض من غاية للقانون «<sup>٣</sup>» . ومن أجل ذلك تسهم الحقائق العقلية بالنصيب الأكبر المرجح في تكوين جوهر القاعدة القانونية .

وهذه الحقائق العقلية تكون عند « جيني » الجوهر الأساسي لفكرة القانون الطبيعي ، أي قواعد السلوك التي يستخلصها العقل من طبيعة الانسان ومن اتصاله بالناس في المجتمع . وهي بوصفها تفرض على العقل أو الذهن ، وتوافق مقتضيات الأشياء ، تكون محتومة ، كما تكون عالمية ثابتة «<sup>٤</sup>» .

Gény, op. cit., No. 168, p. 378. (١)

Gény, op. cit., No. 168, p. 379. (٢)

Gény, op. cit., No. 169, p. 380. (٣)

Gény, op. cit., No. 169, p. 381. (٤)



ورغم أن الحتمية التي تحكم هذه الحقائق ليست مادية — كما هو الشأن بالنسبة للحقائق الواقعية — بل معنوية محضة ، فهي أهل — نظرا الى موضوعها — لتكوين القانون الطبيعي بالمعنى الصحيح ، وبصفاته الخاصة المعترف بها من ثبات وعالمية وخلود . ولكن « جيني » يفضل تسميتها بالحقائق العقلية منعا لما قد يثيره تسميتها بالقانون الطبيعي من خلط في الأذهان ، ولأن العقل هو الأداة المستعملة في استخلاصها . ورغم ذلك ، فهي تظل تعنى تلك المبادئ التي يستخلصها التمييز العقلي لحقائق الواقع والتاريخ ، في سبيل توجيه سلوك الأفراد في المجتمع . ولكنها — حتى تحتفظ بقيمتها الكبرى في تكوين القاعدة القانونية — ينبغي ألا تتضمن من المبادئ أو القواعد إلا ما يظهر العقل أن طبيعة الانسان تفرضه فرضا محتوما ، دون بسطها على غيرها من المبادئ التي تخص مطامح أو نزعات مثالية . فالحقائق العقلية اذن تتضمن المبادئ الضرورية لا الكمالية «<sup>١</sup>» .

فطبيعة الانسان — كما يفسرها العقل — تحتم مثلا عدم اعطاء الارتباط بين الجنسين صفة الشرعية المنشئة لأسرة معترف بها اجتماعيا ، الا لذلك الارتباط الثابت المستمر الناشئ عن الرضا والاتفاق ، بقصد سيطرة الانسان على أهوائه ارضاء للخلق السامى ، وبنية رعاية وتربية ما قد ينتج عن هذا الارتباط من أولاد «<sup>٢</sup>» . فليس لمجرد الارتباط الوقتي أو العابر بين الجنسين اذن — في منطق الطبيعة والعقل — أية صفة شرعية .

ولكن الحقائق العقلية لا تتجاوز مثل هذا القدر الضروري المعترف حدا أدنى لما يفرضه العقل بشأن فكرة الزواج ، فلا تدخل فيها مثلا فكرة وحدة الزوجية ، ولا أبدية الزواج وعدم قابليته للانقصاص ، ولا تحريم الزواج ببعض الأقارب من غير الأصول أو الفروع . فانه وان تكن مثل هذه

---

(١) Gény, op. cit. No. 169, pp. 381, 382.

(٢) Gény, op. cit., No. 169, 382.



المبادئ، جدرة بالنظر والاعتبار لما تصدر عنه من سمو في التفكير الأخلاقي وأهلا لتصير بذلك ضمن قواعد الزواج القانونية ؛ إلا أنها تظل دائما في نطاق المثل العليا ، مما يتعذر معه ادماجها ضمن الحقائق العقلية بمعناها الدقيق . فالحقائق العقلية بطبيعتها إنما تقتصر على النطاق الصرف للعقل ، فلا تتضمن إلا القواعد التي يستخلصها العقل دون منازعة ، من طبيعة الانسان وطبيعة الحياة في المجتمع «<sup>١</sup>» .

ويعترف « جيني » للحقائق العقلية بصفة علمية — لا بالمعنى الدقيق — ولكن بالمعنى الواسع المعبر عن كل نشاط أو جهد عقلي تفكيرى ، ينفذ الى جوهر الأشياء بوسائله المسلمة الخاصة في المعرفة ، دون الوسائل المنازع في قيمتها . وبذلك تتمكن هذه الحقائق العقلية من أن تضع من القواعد ما تفرضه فرضا جازما يعادل جزمه وحثمه الحتم المادى الملازم للحقائق الواقعية أو الطبيعية ، وإن أمكن مع ذلك تصور جحدها وانكارها في الواقع . ومن هنا تكون لها الغلبة على الحقائق التاريخية ، وتصلح كأساس للحقائق المثالية التي تستهدف الكمال بها «<sup>٢</sup>» .

#### ٧٧ - الحقائق المثالية ( données idéales )

يستطرد « جيني » فيذكر أنه ينبغي الاعتراف — الى جنب الحقائق السابقة — بنوع آخر من الحقائق يجمع ويركز كل الآمال والمطامح الانسانية في التقدم المطرد للقانون . فخارج نطاق التنظيم القانونى الذى تفرضه حقائق الحياة الواقعية، أو مقتضيات العقل المستنير بتجارب التاريخ، تبدو جملة اعتبارات مادية أو نفسية أو أخلاقية أو دينية أو اقتصادية أو سياسية ، لا تقرر قواعد سلوك جديدة ، ولكنها تتضمن بعض

(١) Gény, op. cit., No. 169, pp. 382, 383.

(٢) Gény, op. cit., No. 169, p. 384.



الاتجاهات والنزعات المثالية أو الكمالية للنظام القانوني والعلاقات القانونية . فهذه حقائق مثالية محضة ، لأنها لا تعبر عن وقائع محسوسة ، ولا عن قواعد عقلية مفروضة بالضرورة ولا عن تراث تاريخي مكتسب ؛ ولكن عن رغبة في التقدم والسمو ونزعة الى تحقيق بعض المبادئ الكمالية ، زيادة على ما يفرضه العقل من مبادئ ضرورية . فهذه الحقائق انما تعبر اذن عن مجرد اتجاهات نحو تنظيم مأمول للعلاقات القانونية ، تفرضها وتحددها درجة المدنية والشعور العام في الجماعة «<sup>١</sup>» .

ومن أمثلة هذه الحقائق المثالية مبدأ وحدة الزوجة ، وأبدية الزواج بامتناع انحلاله عن طريق الطلاق . فمثل هذه الحقائق لا يفرضها العقل كضرورة لازمة محتومة ، ولكنها مجرد تصور كمالى لنظام الزواج . فليس ينفى العقل فكرة تعدد الزوجات ، ولا فكرة الطلاق ، ولكن نزعة الكمال تقضى بالاكتماء بزوج واحدة ، وبدوام رابطة الزوجية قائمة لا يحلها الا الموت .

وكذلك فان الحقائق المثالية تقوم بدور معير في تصفية وسائل اثبات النسب ، سواء عن طريق تيسير اثبات الأمومة الشرعية بما يمنع التعسف والانحراف في شأنها ، أو عن طريق تعزيز قرائن الأبوة بالحد من حالات انكارها وجحدها ، أو عن طريق التضيق أو التوسعة من وسائل اثبات البنوة الطبيعية بما يوافق تيارات الأفكار السائدة «<sup>٢</sup>» .

وكون مثل هذه الحقائق المثالية ، لاتمثل مقتضيات عقلية مطلقة ، وانما مجرد أمانى أخلاقية أو اجتماعية للمدنية في الجماعة ، لا يجعل لها صفة عالمية أو خالدة «<sup>٣</sup>» ؛ كما هو الشأن بالنسبة للحقائق العقلية ، التى لها من اطلاقها وموضوعيتها ما يضمن لها العالمية والثبات والخلود .

---

Gény, op. cit., No. 170, 384, 385. (١)

Gény, op. cit. No. 170, p. 386. (٢)

Gény, op. cit., No. 170, p. 387. (٣)



ومن هنا كانت الحقائق المثالية مختلفة باختلاف الزمان والمكان ، فلكل جماعة حقائقها المثالية الخاصة بها .

ولئن كانت هذه الحقائق المثالية تفرض الى حد ما على الذهن ، وتبقى بذلك في عداد الحقائق المكونة لجوهر القاعدة القانونية ، الا أن من العسير اعطاءها بوجه عام صفة علمية بحتة . فهي لاتأتى من معرفة عقلية ، ولكن من تلك القوى غير الواضحة التى تندرج تحت اسم الايمان أو العاطفة والتى تحدد بطريقة غامضة — وان تكن مؤكدة — ما يوجد لدى أفراد الجماعة من معتقدات وارادات مشتركة ، مما يضاف على هذه المعتقدات والارادات صفة موضوعية كافية . وليس المقصود بذلك هو الرأى العام ، تلك القوة العمياء غير الواعية ، التى قد تندفع الى ضلال تحت تأثير شعور معين ؛ وانما المقصود هو تلك القوى التى تكمل نقص الحقائق العقلية أو تيسر من جفافها وصرامتها ، مما يجعلها محلا لعقيدة شاملة كضرورة للكمال بالقواعد التى تكشف عنها الحقائق الواقعية والتاريخية والعقلية «١» .

وغنى عن البيان أن الحقائق المثالية لا تتمتع بنفس الحجية التى تتمتع بها الحقائق العقلية المقامة على أساس من الواقع وضوء من التاريخ ، ولكنها على أى حال تقوم بدور أساسى لا يمكن اغفاله ، فى تكملة هذه الحقائق الأخيرة . بل هى — فضلا عن ذلك — تؤدى الى التخفيف من صرامة النتائج التى قد يفرضها العقل ، والكمال بها ، وتقريب الحياة الاجتماعية من العدل الأسى الذى تفرضه مطامح الانسان الواسعة المتطورة . وهى قد تتيح كذلك تغيير بعض النظم التى تؤخذ على أنها نظم يفرضها العقل ، والتى لم تعد تسير درجة التقدم والمدنية التى بلغتها الجماعة .

فمثلا يقضى العقل بأن مناط التعويض عن الضرر هو وجود خطأ فى



جانب من تسبب في احداث هذا الضرر • ولكن اطلاق هذه الحقيقة العقلية يؤدي في بعض الحالات الى نتائج ظالمة • فبعد انتشار الصناعة كثرت اصابات العمال نتيجة استعمال الآلات ، وكان من المتعذر على العمال غالبا اثبات خطأ من جانب رب العمل أو صاحب المصنع ، مما انتهى الى ترك العمال المصابين دون تعويض عما كان يلحقهم من ضرر الاصابة • فهنا تدخلت نزعة العصر المثالية نحو توزيع المخاطر على أساس من تعاون الجميع في الحياة الاجتماعية ، للتخفيف من وطأة تلك النتيجة الظالمة ، بضمان حصول العمال على تعويض عن اصاباتهم ، دون ضرورة ثبوت خطأ في جانب رب العمل • فالنزعة المثالية هنا خففت اذن من نتائج الصرامة العقلية ، بالتأثير في العقل عن طريق تغيير اتجاهه الأولي الى معنى أكثر موافقة لضرورات الوقت الحالي «<sup>١</sup>» •

#### ٧٨ - الغلبة للحقائق العقلية على بقية الحقائق

تلك هي الحقائق الأربع التي يراها « جيني » مكونة لجوهر القاعدة القانونية • ولكنه يفاضل بين هذه الحقائق ، فيجعل الحقائق العقلية هي أهمها جميعا • اذ الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية — كأساس محكم لكل الجوهر — لا تتطلب الا أن تسجل بالمشاهدة والتجربة ، دون حاجة الى نشاط ذهني أو شخصي • والحقائق المثالية لا تدخل الا للسمو بالقواعد التي يفرضها العقل مستنيرا بالواقع أو التاريخ • وعلى هذا النحو ينتهي « جيني » الى اثبات الغلبة للحقائق العقلية على بقية الحقائق ، فيعتبر أن القاعدة القانونية هي أساسا عمل عقلي ؛ والحقائق العقلية هي التي توقفنا على فكرة العدل التي تعين على اقامة النظام والأمن في الحياة الاجتماعية «<sup>٢</sup>» •

يخلص مما تقدم أن « جيني » يجعل الغلبة للحقائق العقلية ، فهي

---

Gény, op. cit., No. 170, p. 388. (١)

Gény, op. cit., No. 171, pp. 389, 390. (٢)



عنده الأساس الجوهرى للقاعدة القانونية • وهذه الحقائق تعتمد على بعض الحقائق الواقعية أو الطبيعية • والحقائق العقلية والواقعية لا تثبت فى الحياة الاجتماعية الا بفضل نمو تاريخى يسلكها فى سلك التطور الاجتماعى • وهذا التطور لا يتم الا تحت تأثير مثل أعلى يسمو بالطبيعة والواقع ، ويخفف من صرامة مسلمات العقل •

فالأساس اذن هو الحقائق العقلية التى تدخل فى اعتبارها الحقائق الواقعية أو الطبيعية • ومن هنا يفهم منطق « جينى » فى استلزام وجود حد أدنى لفكرة القانون الطبيعى فى تكوين جوهر القاعدة القانونية ، أى فى استلزام وجود قواعد يستخلصها العقل من طبيعة الأشياء التى يعتبر الانسان جزءا منها ، ترتفع عن ارادات الأفراد وأهوائهم ، وتفرض نفسها عليهم بما لها من قيمة موضوعية ثابتة سامية ، حتى لا يجدوا مناصا من الخضوع لها « ١ » •

## المبحث الثانى

### عنصر الواقع وعنصر المثال فى تكوين جوهر القاعدة القانونية

#### ٧٩ - ضرورة استناد القاعدة القانونية الى الواقع والمثال معا

أول ما يراعى بشأن الحقائق الأربع المكونة لجوهر القاعدة القانونية عند « جينى » هو أنه يعطيها صبغة علمية ليست لها كلها • فهو نفسه يعترف بأن من العسير اعتبار الحقائق المثالية حقائق علمية ، اذ هى الما تتولد من قوى مبهمه غير واضحة كالعاطفة والايمان • وهو لا يصل الى اعطاء الحقائق العقلية الصفة العلمية الا بمجاوزة المعنى الدقيق لاصطلاح « العلم » وبسطه الى كل معرفة منطقية منهجية ، دون تقيد بأن تكون معرفة تجريبية • ومن هنا ، فلا يبقى من حقائقه الأربع ما تكون له صفة علمية بالمعنى الاصطلاحي



الدقيق الا النوعان الآخران من الحقائق ، أى الحقائق الواقعية أو الطبيعية، والحقائق التاريخية ؛ فهذه حقائق تجريبية محضة تعرف وتسجل بمجرد المشاهدة .

هذا فضلا عن أن من العسير التفرقة بين الحقائق الواقعية وبين الحقائق التاريخية . فلا تعدو الحقائق التاريخية أن تكون مجرد حقائق واقعية ، اذ هى تراث تاريخى قد اكتسبته الجماعة على من الأجيال ، حتى صار ضمن الظروف الواقعة المحيطة بها . وكذلك الشأن فى التفرقة بين الحقائق العقلية والحقائق المثالية ، فالثانية انما تستخلص تدريجيا من الأولى تبعا لاطراد نزعة الكمال والتقدم « ١ » .

كل ذلك يدعو الى البصر بالمعيار الذى يجب أن يرد اليه تحليل عناصر القاعدة القانونية ، وتحديدده بما يتخلف أو يتوافر لهذه العناصر من صفة علمية بالمعنى الدقيق . ومن هنا يمكن اختزال حقائق « جينى » الأربع الى نوعين اثنين من الحقائق :

(١) حقائق علمية تجريبية ، تخضع للمنهج التجريبى البحث ، فتضم بذلك ما يسميه الحقائق الواقعية أو الطبيعية، والحقائق التاريخية على السواء .  
(٢) حقائق عقلية تفكيرية ، يستخلصها العقل فيما وراء المشاهدة والمحسوس ، فتضم بذلك ما يسميه الحقائق العقلية والحقائق المثالية .  
وهذان النوعان من الحقائق انما يعبران عن طبيعة القاعدة القانونية ووظيفتها . فالقاعدة القانونية — كما سبق البيان — انما هى تكليف بواجب، ولا يمكن تعيين الواجب الا عن طريق تقويم الواقع . أى أن القاعدة القانونية الما تفرض أولا واقعا يراد تعيين ما يجب منه وما لا يجب ؛ وثانيا تقويما لهذا الواقع بالقياس على مثل أعلى ، تقويما يتعين به الواجب فى شأن هذا الواقع . أما الواقع فيعرف بالمشاهدة والتجربة اذ يدخل فى

(١)



نطاق المحسوس ، أى يخضع فى تعرفه لمنهج علمى تجريبى دقيق ، ولذلك فهو الذى يمد القاعدة القانونية بالحقائق العلمية التجريبية . وأما التقويم فلا يتصور الا بالقياس على مثل أعلى يعتبر غاية فى ذاته ؛ والمثل الأعلى لا يستخلص من المشاهدة ولا من التجربة ، فهو من عالم ما وراء المحسوس ، يستخلص بالعقل ؛ مما يضيف الى الحقائق العلمية التجريبية ، حقائق أخرى عقلية تفكيرية .

فالقانون اذن ليس عملا علميا بحثا كما تذهب الى ذلك المدرسة الواقعية ، ولا هو عمل عقلى تفكيرى بحث كما تذهب الى ذلك المدرسة المثالية . ولكنه عمل مزدوج مختلط : هو عمل علمى ، اذ يحتاج أولا الى تقرير الواقع من الحياة الاجتماعية تقريراً علمياً على ضوء المشاهدة والتجربة . وهو عمل عقلى ، اذ يحتاج الى تقويم هذا الواقع — خارج نطاق المحسوس — تقويماً عقلياً بالقياس على مثل أعلى هو العدل ، وهذا التقويم هو الذى يمكن من فرض السوابج على الأفراد أى من تعيين مضمون القاعدة القانونية . والتقويم عمل أدخل فى باب الفن . ولهذا جرى القول بأن القانون علم « science » ( حين يقرر الواقع ) ، و « فن » « art » ( حين يقوم الواقع ) « ١ » . ودور الفن فى القانون أكبر من دور العلم ، اذ الأساس هو التقويم ، وان يكن التقويم لا يستغنى عن الواقع لأنه يرد عليه .

ومن هنا نستطيع أن نرد جوهر القاعدة القانونية الى عنصرين : عنصر العلم ، وعنصر الفن ؛ أو عنصر الواقع ( réel ) ، وعنصر المثال ( idéal ) : أما عنصر الواقع فيعبر عن حقائق الحياة فى الجماعة ، التى تعرف بالمشاهدة والتجربة . وأما عنصر المثال فيعبر عن المثل الأعلى للعدل الذى يستخلصه العقل وتقوم حقائق الحياة فى الجماعة وفقه . فنعرض فيما يلى لكل من هذين العنصرين فى مطلب على حدة .

(١) انظر فى هذا المعنى :

Roubier, op. cit., No. 17. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 53.



## المطلب الأول

العنصر الواقعي التجريبي أو حقائق الحياة في الجماعة (١)

### ٨٠ - تمهيد

قلنا ان معرفة جوهر القاعدة القانونية يتطلب أولا تحليل عناصر الحياة في الجماعة لاطهار مختلف الحاجات التي ينبغى من بعد اشباعها بما يحقق المثل الأعلى للعدل . فينبغى البصر اذن بحقيقة الظواهر الاجتماعية ( faits sociaux ) ، وهو ما لايتأتى الا باتباع منهج تجريبي علمى بحث ، أى باخضاع هذه الظواهر الاجتماعية للمشاهدة والتجربة ، فهى ظواهر تشبه الظواهر المادية من حيث خضوعها لقانون السببية . فحقائق الحياة في الجماعة أمر من العبث اذن اغفاله عند وضع القاعدة القانونية . وهذه الحقائق يمكن ردها الى عوامل كثيرة نذكر أهمها فيما يلى .

### ٨١ - العوامل الطبيعية ( facteurs naturels )

هى عوامل تتصل بالطبيعة بوجه عام ، سواء كانت طبيعة المجتمع أو طبيعة الانسان . فتحدد سن الأهلية للزواج مثلا يتوقف كثيرا على طبيعة المناخ في المجتمع اذ يتم النضج الجسبى والجنسى في سن مبكرة أو متأخرة تبعا لطبيعة جو كل مجتمع . وتبعا لكثرة أو قلة النسل ، تحدد كل جماعة سياستها بشأن اعطاء الأجانب جنسيتها ، فتشجع التجنس أو تحد منه ، فشرط التجنس مثلا في فرنسا أيسر منها في مصر ، اذ يقل النسل في الأولى ويتضخم في الثانية . وتبعا لموقع المجتمع يزداد الاهتمام بوضع نوع معين من القواعد القانونية يحتمه هذا الموقع ، فمجتمع يوجد في جزيرة ، أو تحده سواحل وشواطئ ، يضطر الى التجارة عبر البحار مع

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Roubier, op. cit., No. 18, pp. 163-170. — De La Gressaye et Laborde .  
Lacoste, op. cit., Nos. 79-90. — Marty et Raynaud, op. cit, No. 54.



غيره من المجتمعات ، فيظفر فيه القانون التجارى البحرى بحظ عظيم «١» .  
وكذلك فثمة قواعد قانونية تترتب على ظاهرة الميلاد وظاهرة الموت  
التي يخضع لها الانسان . فشخصية الانسان تبدأ مثلاً بتمام ولادته حياً ،  
وتنتهى بموته . والميلاد يكسب الشخص اسماً ولقباً معيناً ، وغالباً مايكسبه  
جنسية معينة . والموت تترتب عليه الحاجة الى قواعد تنظم الارث والوصية ،  
فتنتقل أموال المتوفى طبقاً لهذه القواعد الى الورثة أو الموصى لهم «٢» .  
وكذلك فان الظاهرة المسجلة من أن الفرد كائن ذو ارادة ، تجعل من  
اللازم الاعتراف لهذه الارادة بقدرتها على انتاج الآثار القانونية . ولكن  
لما كان الثابت أن الارادة لا تتوافر لكل الأفراد بنفس المدى والقدر ، نظراً  
لتفاوت السن بينهم من ناحية وتعرض البعض منهم لعوارض مختلفة قد  
تعدم الارادة أو تنتقص منها من ناحية أخرى ، فان ذلك يولد الحاجة الى  
قواعد قانونية خاصة بالعدم أهلية التصرف ونقصها ، وحماية عديسي  
الأهلية وناقصيها ومن في حكمهم بتنصيب أولياء أو أوصياء أو قوام عليهم ،  
تكون لهم ولاية التصرف باسمهم ونياية عنهم «٣» .

## ٨٢ - العوامل الاقتصادية ( facteurs économiques )

تعتبر العوامل الاقتصادية من أهم حقائق الحياة في الجماعة ، التي  
تنبغى الاحاطة بها عند وضع القواعد القانونية ، اذ أن حاجات الأفراد  
الاقتصادية من انتاج واستهلاك وتداول وتوزيع تحتاج الى تنظيم  
قانونى معين .

وقد غدت العوامل الاقتصادية في العصر الحديث أكبر أثراً في القانون  
من ذي قبل ، فنمو وانشاء بعض فروع النشاط الاقتصادى قد أدت الى  
ظهور أو تغيير بعض القواعد القانونية . فازدياد أهمية التأمين والنقل  
مثلاً ، دعا الى الاهتمام بوضع قواعد مفصلة محكمة لعقود التأمين والنقل .

---

De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., No. 85. (١)

De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., No. 85. (٢)

Marty et Raynaud, ibid. (٣)



وتجمع رؤوس الأموال في الصناعات في الوقت الحاضر ، أدى الى ازدياد الاهتمام بالنظام القانوني للشركات المساهمة «١» . وانتشار الصناعة منذ أواخر القرن الماضي ، أدى الى نشوء طبقة العمال نتيجة لتجمعهم في مناطق الصناعات ، مما دعا الى اعطائهم حق تكوين نقابات تدافع عن مصالحهم ، وحق الاضراب لتحقيق مطالبهم ، وكثرة ما صدر من تشريعات العمل لتنظيم العلاقة بين العمال وأرباب الأعمال ، تنظيمًا يكفل التوازن بين هاتين القوتين .

غير أنه ينبغي عدم الاسراف في تضخيم أثر العوامل الاقتصادية في تكوين القانون ، أو جعلها هي العامل الأساسي في هذا التكوين ، بحيث تتبعها وتخضع لها بقية العوامل الأخرى ، كما تدعى ذلك المدرسة الماركسية «٢» . فالقانون ليس مجرد تنظيم للاقتصاد في الجماعة ، اذ لا تقوم الحياة الاجتماعية على اشباع الحاجات المادية للأفراد فحسب . فضلا عن أن القانون لا يخضع للعوامل والقواعد الاقتصادية خضوعا محتوما ، بل هو يهيمن عليها ، بما يضمن موافقة الاقتصاد لفكرة العدل «٣» .

#### ٨٣ - العوامل السياسية والاجتماعية ( facteurs politiques et sociaux )

يقصد بذلك الأفكار السياسية والاجتماعية السائدة في المجتمع ، دون تعرض لقيمتها ، فنحن بعد في مجال تسجيل الواقع لا في مجال تقويمه . ولذلك فمعرفة ما يوجد في المجتمع من أفكار سياسية واجتماعية ، هي معرفة تجريبية بحتة تقوم على المشاهدة ، أي معرفة علمية بالمعنى الاصطلاحي الدقيق مما يدخلها ضمن حقائق الحياة في الجماعة ، أي ضمن العنصر الواقعي لا المثالي لجوهر القاعدة القانونية .

(١) De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., No. 115.

(٢) في هذا المعنى :

Roubier, op. cit. No. 18, p. 164.

(٣) في هذا المعنى :

De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., No. 112.



والواقع أن كثيرا من الأفكار السياسية والاجتماعية السائدة أسهمت بنصيب كبير في خلق بعض النظم القانونية . فالأفكار الاجتماعية التي كانت سائدة في القديم خلقت نظام الرق ، وجعلت الناس طائفتين : طائفة الأحرار وطائفة الرقيق . والأفكار السياسية والاجتماعية التي كانت سائدة في القرون الوسطى ، خلقت نظام الاقطاع وأقامت على أساسه جملة القواعد القانونية .

وكذلك فإن المعتقدات الطبقية التي كانت سائدة قبل العصر الحاضر، فصلت كل طبقة عن الأخرى فصلا تاما ، ودعت طبقة الأشراف خاصة الى تحصين نفسها ضد كل دخیل عليها ؛ فوجدت قواعد قانونية تحصر الارث في ابن الأسرة الأكبر ، وتحرم البنات من الارث حتى لاتذهب أموال الأسرة الى أزواجهن ، وقد يكونون من الطبقات الأخرى . وكذلك وجدت قواعد قانونية لتأكيد الفصل بين الطبقات وضمان عدم اختلاطها بالتزاوج ، فقيّد انعقاد الزواج — في كثير من الأحيان — بضرورة ترخيص الوالدين به ، حتى بالنسبة لمن جاوز سن الرشد من الأولاد « ١ » .

ومن الأفكار والمعتقدات السياسية والاجتماعية ، ما كان له أكبر الأثر في حياة الأمم وتغيير نظمها القانونية . فظهرت مع الثورة الفرنسية في أواخر القرن الثامن عشر معتقدات الحرية والاخاء والمساواة؛ وقد أسهمت هذه المعتقدات بنصيب كبير في بناء النظام القانوني لفرنسا الحديثة . وظهرت مع الثورة الشيوعية في روسيا معتقدات سيادة الطبقة العاملة ، وعلى أساسها قام نظام الحكم هناك وانحصر في الحزب المثل لهذه الطبقة . ومازالت سائدة في الولايات المتحدة الأمريكية الى اليوم بعض معتقدات خاصة بالتمييز بين البيض والملونين من الأفراد ، مما ينعكس أثره على بعض قواعد القانون هناك .

كل هذه الأفكار والمعتقدات السياسية والاجتماعية السائدة في المجتمع



ـ والتي تختلف بطبيعتها بحسب الزمان والمكان — لا يمكن اغفال أثرها في تكوين القاعدة القانونية ؛ ولذلك تنبغى الاحاطة بها احاطة شاملة كاملة عن طريق المشاهدة والتجربة • وليس معنى ذلك أن القاعدة القانونية تخضع لكل ما قد يوجد في المجتمع من مثل هذه المعتقدات والأفكار ، بل هى توافقها على المثل الأعلى للعدل ، وتخضعها لحكمه ؛ وكثيرا ما تضطر الى محاربتها ، حين يبدو تناقضها واضحا مع تحقيق العدل ، الذى هو غاية القانون •

#### ٨٤ — العوامل الدينية والأخلاقية ( facteurs religieux et moraux )

يقصد بذلك التقاليد الدينية والأخلاقية السائدة في الجماعة ، أو التيارات الدينية والأخلاقية الجارية فيها • فمثل هذه التقاليد والتيارات، تعتبر في مقدمة حقائق الحياة في الجماعة ، التى تحدد وتوجه حاجاتها • ومن ثم لا يمكن اغفال أثرها في تكوين القاعدة القانونية ، وان يكن هذا الأثر يتفاوت ويختلف باختلاف الجماعات •

فالاحاطة بمثل هذه التقاليد والتيارات أمر لازم اذن لتعرف حاجات الجماعة ورغباتها بشأن التنظيم القانونى • ولكن أيا كان ما تتمتع به مثل هذه التقاليد والتيارات الدينية أو الأخلاقية من قوة في الواقع ، فليس يفرضها الواقع فرضا محتوما كقواعد قانونية واجبة والما يبرزها ويقدمها بين يدي المثل الأعلى للعدل الذى يخضعها — من بعد — لحكمه •

وقد كان للتقاليد الدينية أثر كبير في تعدد جهات الاختصاص القضائي في مصر وفي تحديد المقصود باصطلاح « الأحوال الشخصية » في القانون المصرى تحديدا واسعا يبسطه على كثير من الأوضاع التى تعتبر بحسب طبيعتها من الأحوال العينية أو المالية ، كالوقف والميراث والوصية والنفقة ، واخضاعها تبعا لذلك لجهات القضاء الدينى المختلفة بحسب ديانه الخصوم •



وكذلك فقد كان للتقاليد الدينية والأخلاقية أثر بارز في تحريم الطلاق في قوانين الدول الغربية الى وقت قريب . ثم ضعف أثرها غير قليل ، فأتىح الطلاق في أكثر هذه الدول . ولكن الأمر لم يصل فيها الى حد اغفال ما بقى لهذه التقاليد من قوة وأثر في النفوس . فظل الطلاق حبيس هذه التقاليد ، تحكمه كثير من الاجراءات والقيود .

#### ٨٥ - الحقائق التاريخية ( facteurs historiques )

يقصد بها التجارب التي مرت بها الجماعة، ومرت بها نظمها القانونية . وهي بهذا الوصف - كخبرة صقلها الزمن - تدخل في الاعتبار عند تكوين القواعد القانونية ، بل قد يكون لها - في بعض الأحوال - دور مرجح في شأن هذا التكوين ، كما سبقت الإشارة الى ذلك من قبل .

فدور العوامل التاريخية اذن في تكوين القواعد القانونية ، دور غير منكور . ولكن من الاسراف الادعاء - كما يفعل المذهب التاريخي - ببناء القواعد القانونية على أساس تاريخي بحت .

### المطلب الثاني

#### العنصر المثالي العقلي او المثل الأعلى للعقل (١)

#### ٨٦ - تمهيد

لا تكفى حقائق الحياة في الجماعة لتكوين القاعدة القانونية ، لأن هذه الحقائق ليست الا مجرد حقائق واقعة ، والقاعدة القانونية هي تكليف

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, Nos. 94 - 108. — Dabin, Théorie générale du droit, Nos. 217 - 262. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., Nos. 50 - 65. — Duguit, op. cit., t. I, § 11. — Génv, op. cit., t. II, Nos. 171-174. — Esmein, article précité, pp. 146-154. — Hauriou, Aux sources du droit, pp. 43-71. — Réglade, op. cit., pp. 45-46, 50-55. — Roubier, op. cit., Nos. 19, 26. — Senn, op. cit., pp. 1-54.



بواجب ، وليس كل ما هو واقع واجب • من أجل ذلك ، ينبغي لهذه الحقائق — حتى تصبح واجبة ، أى حتى تصلح لتكوين قاعدة قانونية — أن تلحقها قيمة معينة تبرر هذا الوجوب • وهذه القيمة تتحدد بعيدا عن كل تجربة أو مشاهدة حسية ، بالقياس على مثل أعلى يفرضه العقل هو العدل •

ومن هنا كان لابد لتكوين القاعدة القانونية من عنصر مثالى فوق العنصر الواقعى • فإخضاع الواقع للمثل الأعلى وهو العدل ، وموافقته عليه ، يعطيه صفة الواجب أى يجعله قانونيا •

ولكن ما هو المثل الأعلى للعدل ، أو ماهى فكرة العدل فى ذاته ؟ ؛ ذلك العدل الذى خاض فيه منذ قديم فلاسفة اليونان ، وفقهاء الرومان ، والمبرزون من رجال الكنيسية فى العصور الوسطى ، حتى جرت بعض أقلام الفقهاء فى العصر الحديث على أنه من عناصر تكوين القاعدة القانونية ؟ •

والواقع أن العدل — فيما ثبت عليه من معنى قديم — هو احدى الفضائل التى تتلخص فى اعطاء كل واحد حقه ، أو ما هو خاص به ، أو ما هو واجب له « ١ » • وهو بذلك يتضمن فكرة المساواة بمعناها العام ، اذ يتساوى كل ذى حق فى المطالبة بحقه ، واقتضاء ما يجب له • وليس ينكر أحد على العدل مثل هذا المعنى • ولكن تعريفه على هذا النحو ، يكاد — لفرط عمومته واطلاقه — يقصر عما ينبغي له من ضبط وتحديد واحكام ، وان يكن من العسير — فى أمر يبلغ من التجريد مثل ما تبلغه فكرة العدل — العثور على تعريف محكم جامع مانع •

من أجل ذلك ، ينبغي الاستعانة — فى سبيل توضيح فكرة العدل —

---

(١) انظر ما جاء فى مدونة جوستينيان من أن « العدل ( هو ) حمل النفس على ايتاء كل ذى حق حقه ، والتزام ذلك على وجه الثبات والاستمرار » • ( عبد العزيز فهمى ، مدونة جوستينيان فى الفقه الرومانى ، ص ٥ ) •



بيان ما قد يكون للعدل من صور مختلفة • وهو ما حاوله الفلاسفة والفقهاء — الأقدمون منهم والمحدثون — حين قسموا العدل وردوه الى صور ثلاث تختلف باختلاف أطرافه ، واختلاف الشخص الذى يجب له العدل : فثم عدل يسود علاقات الأفراد ، فيجب للفرد على الفرد ، هو العدل التبادلى • وثم عدل يسود علاقة الفرد بالجماعة ، وهو اما عدل يجب للفرد على الجماعة فيسمى العدل التوزيعى ، واما عدل يجب للجماعة على الفرد فيعرف بالعدل الاجتماعى ؛ فنعرض بإيجاز لكل من هذه الصور الثلاث فيما يلى •

#### ٨٧ — العدل التبادلى ( La justice commutative ) (١)

يقصد بالعدل التبادلى ذلك العدل الذى يسود علاقات الأفراد ، فيجب للفرد على الفرد • وهو عدل يقوم على أساس من المساواة التامة الكاملة • اذ مادام للأفراد جميعا نفس الطبيعة — لأن كلا منهم انسان كالأخر — فلا يتصور أن تقوم العلاقات بينهم الا على قدم المساواة ، مساواة حسابية بحتة، لا عبرة فيها بصفات الأفراد أو اختلاف شخصياتهم • والأصل فى العدل التبادلى عند القدماء ، أنه كان مقصورا على علاقات الأفراد التعاقدية الخاصة بتبادل السلع والمنافع والخدمات ، والتي تولد التزامات متقابلة بين أطرافها • فكان العدل يعنى وجود مساواة كاملة بين السلع والمنافع والخدمات المتبادلة ، وهو ما يخول لكل طرف الحق فى مطالبة الآخر بالالتزام الواقع عليه قبله فى شأنها ، واقتضاء الوفاء بهذا الالتزام ؛ فالمشتري يقتضى من البائع مثلا تسليم المبيع اليه، وفى مقابل ذلك يقتضى منه البائع دفع الثمن ، والفرض أن الثمن يساوى قيمة المبيع •

(١) راجع فى ذلك :

Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, Nos. 101 - 105. — Dabin, Théorie général du droit, Nos. 229 - 231. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., No. 62. — Duguit, op. cit., t. I, § 11, p. 122. — Roubier, op. cit., No. 21, pp. 191 - 194; No. 26, pp. 225 - 230.



ولكن العدل التبادلي لم يمكث محصورا في هذا النطاق الضيق من العلاقات التعاقدية ، بل جاوز هذا النطاق الى كل ما ينشأ بين الأفراد من علاقات أيا كان مصدرها ، بحيث تقوم هذه العلاقات على أساس المساواة التامة المطلقة . ومن هنا ، فكل علاقات الأفراد ينبغي أن تقوم على العدل ، بمعنى أنها ينبغي أن تقوم على أساس تساوي الأفراد باعتبارهم أفرادا . وهذا التساوي يقتضى من الأفراد احترام كل منهم لحق الآخر ، اما باعطائه له ، واما بالامتناع عن الاعتداء عليه .

فما هو حق كل فرد الذى يكون احترامه العدل بين الأفراد ؟ . هذا الحق هو ما يخص كل فرد ابتداء أو اكتسابا .

أما ما يخص كل فرد ابتداء فهو وجوده أو كيانه المادى والنفسى . وعلى ذلك ، فليس من العدل أن يعتدى فرد على كيان فرد آخر ، فينتقص من هذا الكيان بأى شكل كان من أشكال الاعتداء أو الانتقاص ، لأنه حينئذ يأخذ لنفسه ما يخص غيره وما لا يخصه هو ، فيكون ظلما . فمن الظلم اذن اعتداء فرد على جسم آخر بالضرب أو القتل ، أو على سمعته بالاهانة أو السب أو القذف ، أو على حرته بالاستعباد والاسترقاق .

وأما ما يخص الفرد اكتسابا ، فهو ما يكتسبه من بعد ويضيفه الى نفسه كشيء خاص به ، اما استقلاله كاستيلائه على شيء سائب لامالك له ، واما نتيجة ما قد يقوم بينه وبين غيره من الأفراد من علاقات ارادية أو غير ارادية . والعدل هنا هو اقرار كل فرد على ما اكتسبه — بطريق الاكتساب المشروع — لأنه أصبح خاصا به دون غيره من الأفراد .

فالثابت اذن أن العدل في العلاقات بين الأفراد ، انما يقوم على أساس من التساوى التام فيما لكل فرد من حق احترام الآخر لما يخصه ابتداء أو اكتسابا . فمن العدل اذن وفاء الشخص ما تعهد به لغيره ، وردة ما سلب منه ، وتعويضه عما سبب له من ضرر؛ لأنه بعدم الوفاء بتعهدده ، وباعتدائه



على مال الغير أو شخصه ، يكون قد انتقص من حق الغير ، وأضاف الى نفسه ما ليس له ، فأخل بذلك بما ينبغى بين الأفراد من مساواة تامة متبادلة ، فوجب عليه إعادة اقامة هذه المساواة .

#### ٨٨ — العدل التوزيعى ( La justice distributive ) (١)

يقصد بالعدل التوزيعى العدل الذى يسود علاقات الأفراد بالجماعة ، من حيث وجوبه على الجماعة للأفراد . فالجماعة — وهى بصدد توزيع المنافع والوظائف العامة والأعباء العامة على الأفراد — ينبغى أن تراعى فى هذا التوزيع اختلاف الأفراد فى حاجاتهم ، وفى مقدرتهم وجدارتهم .

فمثل هذا الاختلاف بين الأفراد لا يسمح للجماعة بإقامة مساواة تامة حسائية بينهم ، تتساوى فيها الرؤوس ، كنتلك المساواة التى يحققها العدل التبادلى فى العلاقات بين الأفراد . ولكن هذا الاختلاف يضطر الجماعة الى النزول عن التزام تلك المساواة الحسائية الى نوع آخر من المساواة التناسبية ، تكون العبرة فيه بتساوى قيم الأفراد أو قيم حاجاتهم . فليس من العدل أن يعامل كل الأفراد نفس المعاملة ، فينالهم نفس النصيب فيما توزعه الجماعة ، وهم ليسوا سواء لا فى ملكاتهم ولا فى حاجاتهم ولا فى قدرتهم أو جدارتهم . فالعدل فى التوزيع لا يتصور اذن الا بمعاملة الأفراد المتساوين فى الحاجة والقدرة معاملة متساوية ، ومعاملة الأفراد غير المتساوين فى ذلك معاملة غير متساوية .

وهذا العدل التوزيعى هو الذى يفسر كون المواطنين لايتساوون مساواة مطلقة فى الحصول على الوظائف العامة فى الدولة . فليست مثل هذه الوظائف حقا مباحا لكل راغب فى شغلها ، وانما هى وقف على من هو أهل للملئها وحمل أعبائها ، بما يتوافر له من معرفة وخبرة معينة .

(١) راجع فى ذلك :

Dabin, Théorie générale du droit Nos. 232-234. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., No. 63. — Duguit, op. cit., t. I, § 11, p. 123. — Roubier, op. cit., No. 22, pp. 202-205; No. 26, pp. 225-230.



وهذا النوع من العدل هو الذى يفسر كذلك أن المجانية لا تمنح لكل من يلتمسها من طلبة العلم ، ولكنها تقصر على من تضيق موارد المالية عن تحمل نفقات التعليم . فالعبرة من الاعفاء من هذه النفقات تكون بالحاجة ، ولذلك يكون العدل هنا على قدر الحاجة ، فلا يحقق مساواة مطلقة بين كل الطلاب ، ولكن مجرد مساواة نسبية أى مساواة بين المحتاجين منهم من ناحية ، ومساواة بين غير المحتاجين منهم من ناحية أخرى . فهو عدل يقوم اذن على المساواة فى المعاملة بين المتساوين فى الحاجة باعفائهم من تحمل نفقات التعليم ، وعلى التفرقة فى المعاملة بين غير المتساوين فيها ، فلا يستفيد من الاعفاء قادر غير ذي حاجة ، ويستفيد منه كل ذي حاجة .

وكذلك كثرت فى العصر الحديث ما تمنحه الدولة من اعانات عائلية — زيادة على المرتبات — لموظفيها ذوى الأولاد . وليست مثل هذه الاعانات الا تحقيقا لفكرة العدل التوزيعى ، الذى يقضى بمعاملة غير المتساوين معاملة غير متماثلة أى بمنح الاعانة لذوى الأولاد وحرمان غيرهم منها ؛ ومعاملة المتساوين معاملة متماثلة بالتسوية بين ذوى الأولاد فى الحصول على اعانة تعينهم على تحمل هذا العبء العائلى .

وكذلك فان العدل التوزيعى هو الأساس فيما أصبح شائعا فى هذا العصر من فرض ضرائب تصاعدية ترتفع نسبتها بارتفاع قيمة وعائها . فبذلك يفرق فى المعاملة بين الممولين المتفاوتين فى المركز المالى تفاوتا كبيرا ، بما يضمن تحقيق مساواة حقيقية فعلية بينهم فى قدر ما يمثل اقتطاع الضريبة من تضحية مالية ، لا مجرد مساواة شكلية حسابية بحتة فى نسبة الاقتطاع المادية .

فمثل هذا النوع من العدل اذن لا ينفى مطلقا فكرة المساواة الواجب تحقيقها بين الأفراد ؛ فهذه المساواة مازالت هى أساس العدل التوزيعى ، ولكنها فقط مساواة فى القيم ، تضع كل فرد فى المكان العدل حسب



حاجته أو قدرته أو كفاءته ، مما يسوى بين الأفراد المتساوين في الحاجة أو القدرة أو الكفاءة . فلو كان المحتاجون من الطلبة متساوين في الحاجة الى الاعفاء من نفقات التعليم الجامعى ، فكذلك يتساوى القادرون منهم في ضرورة دفع هذه النفقات . ولو كان الحاصلون على ليسانس الحقوق بمرتبة نجاح عالية معينة متساوين في حق التعيين في وظائف النيابة أو مجلس الدولة ، فكذلك يتساوى غير الحاصلين على هذه المرتبة في الحرمان من هذا التعيين . فالمعاملة اذن واحدة متساوية بالنسبة لكل فريق من الأفراد تلحقه نفس القيمة من حيث الحاجة أو القدرة أو الكفاءة ، وهذه المساواة التناسبية هي قوام فكرة العدل التوزيعى .

#### ٨٩ - العدل الاجتماعى ( La justice sociale ) (١)

أما الصورة الثالثة من صور العدل وهي صورة « العدل الاجتماعى » (٢) ، فيقصد بها ذلك العدل الذى يسود علاقات الأفراد بالجماعة ، ولكن من حيث وجوبه على الأفراد للجماعة . فالجماعة في الواقع هي جسم واحد ، أعضاؤه الأفراد . ولا يمكن لجسم أن يعيش الا بنشاط كل عضو من أعضائه النشاط الواجب . وهذا النشاط الواجب هو النشاط الذى يسهم به كل عضو في بعث الحركة والحياة في الجسم . من أجل ذلك كان للجماعة أن تفرض على الأفراد - باعتبارهم أعضائها - الواجبات التى يتحقق بقيامهم بها صالح الجماعة وخيرها .

فأساس العدل الاجتماعى اذن هو اعتبار الفرد جزءا من كل هو الجماعة ، لا اعتباره كلاقئما بذاته . ومن هنا كان هدف هذا العدل

---

(١) راجع في ذلك :

Dabin, Théorie générale du droit, Nos. 235-239. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., Nos. 64, 65.

(٢) يطلق البعض على هذه الصورة اسم « العدل القانونى » ( La Justice

légale ) انظر في ذلك : ( Dabin, op. cit., No. 235 )



تسخير الجزء لخدمة الكل ، أى تسخير الفرد لخدمة الجماعة ، بقصد تحقيق الخير أو الصالح العام ( Le bien commun ) .

وليس يقصد بالصالح العام صالح فرد من الأفراد ، ولا صالح فريق أو طائفة من الأفراد ، فذلك محض صالح خاص . ولا يقصد به مجموع مصالح الأفراد الخاصة ، فالجمع لا يمكن أن يرد الا على أشياء متاثلة لها نفس الطبيعة والصفة ، ومثل هذه المصالح الخاصة متعارضة متضاربة ، فلا يمكن اضافتها بعضها الى بعض للخروج بحاصل أو ناتج جامع . وانما يقصد بالصالح العام صالح الجماعة ككل ، بمعنى صالح مجموع الأفراد كمجموعة مستقلة منفصلة عن آحاد مكوناتها . وصالح مجموع الأفراد كوحدة مستقلة انما يتولد من الاشتراك بين أفراد هذا المجموع فى غاية واحدة ، فهو اذن صالح مشترك بينهم أو صالح ككل ، بغض النظر عما لكل منهم — كأفراد — من صالح خاص . فالفرد جزء من هذا الكل ، والجزء يتلاشى فى الكل ، ويطوى صالحه الخاص أمام صالح الكل أو الصالح العام . فالعدل الاجتماعى اذن هو العدل الواجب لكل على الجزء ، أو هو العدل المحقق لصالح الكل الاجتماعى أو الصالح العام .

وهذا العدل الاجتماعى هو الأساس المبرر للسلطة فى الجماعة ، تلك السلطة التى يقوم عليها نظام المجتمع . فباسم هذا العدل وتحقيقا للصالح العام يخضع الأفراد لسلطة الحكام ، ويملك الحكام على الأفراد حق السيادة أو الأمر دون معقب . وباسم هذا العدل كذلك يلتزم الحكام بتسخير سلطاتهم لتحقيق الصالح العام وحده ، فتقيد هذه السلطة بحدود هذا الصالح لا تعدوه الى غيره من المصالح .

وهذا العدل الاجتماعى هو الذى يبرر مطالبة الفرد بأداء ضريبة الدم والتضحية بحياته فى سبيل صالح المجموع . وهو الذى يلزمه بالمساهمة فى تدعيم كيان الجماعة بأداء ما يقتضيه الصالح العام من ضرائب مالية . فلو لا أن الفرد جزء من كل ، وأن صالح هذا الكل يرخص فى جب



صالح الجزء ، لما كان من العدل تحميله مثل هذه الأعباء أو اقتضاؤه مثل تلك التضحيات .

وهذا العدل هو الذى يبرر المطالبة بعقاب السارق مثلاً حتى ولو رد الشيء المسروق الى صاحبه . فهذا الرد — ان يكن يرضى الصالح الخاص للمسروق منه ، ويحقق العدل التبادلى باعادة المساواة التى أخلت بها السرقة — فهو لا يرضى الصالح العام للمجموع ، لأنه اخلال بما يجب من أمن ونظام فى المجتمع . فيكون للجماعة المطالبة بعقاب السارق لأكراهه على التكفير عن جرمه فى حقها بعبثه بصالحها .

#### ٩٠ - العدل الخاص والعدل العام

تلك هى صور العدل الثلاث عند جمهور الفلاسفة والفقهاء : عدل يجب للفرد على الفرد ، وعدل يجب للفرد على الجماعة ، وعدل يجب للجماعة على الفرد . وقد يكون فى الامكان اختزال هذه الصور الثلاث الى صورتين اثنتين ، بحسب ما اذا نظر الى الفرد باعتباره كائناً منفرداً له كيان مستقل أى كلاً قائماً بنفسه ، أو باعتباره كائناً اجتماعياً لا كيان له الا بالجماعة وفى الجماعة كعضو من أعضائها أى باعتباره جزءاً من كل . فعلى أساس هذه التفرقة فى صفة الفرد ، يمكن التفرقة بين نوعين من العدل : العدل الخاص والعدل العام .

أما العدل الخاص فهو الذى يسود علاقات الأفراد باعتبارهم أفراداً ؛ وهو يقوم على أساس من المساواة التامة باعتبار أن كل فرد يساوى الآخر فيما له من كيان مستقل . فتقوم علاقات الأفراد اذن على أساس من تبادل الاحترام بين الأفراد ، كل منهم لكيان الآخر واستقلاله وحقوقه ، وذلك هو ما جرى الاصطلاح على تسميته بالعدل التبادلى .

وأما العدل العام فهو الذى يسود علاقات الجماعة بالأفراد باعتبارهم أعضاء فيها أيا كان من يجب له العدل ، هو الجماعة ، أم الأفراد . والعبرة فى هذا العدل هى باعتبار الفرد جزءاً من كل هو الجماعة ، والجماعة



باعتبارها هي الكل ، ينبغي لها عدلا أن تهيمن على الجزء ونشاطه بما يحقق نفع الكل وخيره . ولذلك فالعدل في العلاقة بين الجماعة والفرد انما يرمى الى تحقيق الصالح العام ، عن طريق اقامة تفاضل بين القيم المتفاوتة للأفراد من حيث الحاجة أو القدرة أو الكفاءة بالنسبة الى صالح الجماعة ؛ وهذا العدل العام ، يشمل ما يعرف بالعدل التوزيعي والعدل الاجتماعي على السواء «١» .

فالعدل الخاص اذن يقوم على أساس من التكافؤ لتساوي الأفراد فيما ينبغي لكل منهم من كيان مستقل . بينما يقوم العدل العام على أساس من السيطرة : فالجماعة تسيطر على الأفراد باعتبارهم أعضاءها ، والأفراد بهذا الوصف يخضعون لما يقضى به صالح الجماعة .

(١) ومع ذلك ، فالشائع عند الفلاسفة والفقهاء قصر اصطلاح « العدل العام » على صورة « العدل الاجتماعي » وحدها واعتبار اصطلاح « العدل الخاص » شاملا لصورتى « العدل التبادلي » و « العدل التوزيعي » على السواء . ( انظر : Dabin, op. cit., t. II, No. 171, p. 391. — Gény, op. cit., No. 238. — Réglade, op. cit., p. 46).

ولكن يبدو أن في اخراج « العدل التوزيعي » من نطاق « العدل العام » اغفالا لضرورة تفاوت مدلول العدل بتفاوت النظرة الى الفرد . فحيث ينظر الى الفرد في ذاته، لا يتصور أن يكون للعدل الا مدلول واحد هو التكافؤ والمساواة المطلقة ، اذ الأفراد في ذاتهم وبوصفهم هذا متساوون مساواة تامة ؛ وهذا هو العدل الخاص المنحصر فيما جرى التقليد على تسميته باسم «العدل التبادلي» . أما حيث ينظر الى الفرد باعتباره عضوا في جسم الجماعة ، فلا محل لفكرة التكافؤ أو المساواة المطلقة التي هي قوام العدل الخاص ، وذلك سواء كان العدل واجبا على الجماعة قبل الأفراد وهو ما تمثل له صورة « العدل التوزيعي » ، أو كان واجبا على الأفراد قبل الجماعة وهو ما تمثل له صورة « العدل الاجتماعي » . ذلك أنه في الصورتين لا تقوم العلاقة بين أعداد متكافئين كما في العدل الخاص، وإنما تقوم بين الجماعة نفسها وبين الأفراد باعتبارهم أجزاء من كيانها ، ولذلك لا يتصور أن يكون للعدل فيهما من مدلول السيطرة الجماعة على الأفراد . (انظر في هذا المعنى: Roubier, op. cit., No. 22, p. 205) بما يحقق صالحها أي الصالح العام، ووزن القيم المتفاوتة المتعلقة بالأفراد بميزان هذا الصالح . ولذلك وجب جمع هاتين الصورتين تحت اصطلاح « العدل العام » ، اظهارا لقيام العدل فيهما على مبدأ سيطرة الجماعة بما يحقق الصالح العام فيما يقوم من علاقات بينها وبين الأفراد بالمقابلة لقيام « العدل الخاص » على مبدأ التكافؤ والمساواة المطلقة فيما يقوم من علاقات بين الأفراد .



ففكرة العدل اذن متراوحة بين تحقيق التكافؤ بين الأفراد بوصفهم أفرادا ( العدل الخاص ) ، وبين تحقيق السيطرة للجماعة على الأفراد — بوصفهم أعضاء في الجماعة — خدمة للصالح العام ( العدل العام ) • وهذا التراوح بين تحقيق التكافؤ وتحقيق السيطرة استتبع تراوح القانون بين مذهبين يتنازعانه هما « المذهب الفردي » و « المذهب الاجتماعي » ، وهو ما نوجز القول فيه على الوجه التالي •

### § ١ — المذهب الفردي (١)

La doctrine individualiste

#### ٩١ — أسس المذهب الفردي

يقوم المذهب الفردي على أساس أن الفرد هو هدف القانون الأسى، فما يوجد القانون الا لحماية حقوق الأفراد وتمكينهم من التمتع بها • ذلك أن الفرد ليس موجودا لخدمة الجماعة ، بل الجماعة هي الموجودة لخدمة الفرد • فالفرد ليس جزءا من كل ، بل هو كل مستقل قائم بذاته ، لأن طبيعته الانسانية تمنحه من الارادة والحرية ما يجعله سيد نفسه ومصيره • ولذلك لا تتصور الحقوق الا للأفراد ، أما الجماعة فلا يقع عليها الا مجرد واجبات : واجب احترام حقوق الأفراد وتمكين تمتعهم بها، وواجب التوفيق بين هذه الحقوق عند تعارضها •

وحقوق الفرد عند هذا المذهب حقوق تفرضها الطبيعة له ، فتولد معه • ذلك أنها حقوق لاصقة بصفة الانسانية التي تلحق الفرد • وهذه

---

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Waline, L'individualisme et le droit, 2e éd., 1949. — Beudant, le droit individuel et l'Etat. — Capitant, op. cit., No. 10. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., Nos. 38 - 42. — Duguit, op. cit., t. I, § 18, § 19. — Le Fur, Droit individuel et droit social, Arch. de phil. du droit, 1931, Nos. 3-4, pp. 279-309. — Radbruch, Du droit individualiste au droit social, Arch. de phil. du droit, 1931, Nos. 3-4, pp. 387-398. — Roubier, op. cit., Nos. 20, 21, 26.



الصفة تلحق كل الأفراد فلا تفرق بين أحد منهم • ولذلك يولد الأفراد جميعا متساوين في الحقوق تساويهم في الانسانية ، وأول هذه الحقوق هو الحرية • وهذا هو ما عبر عنه إعلان حقوق الإنسان والمواطن في مادته الأولى بقوله « يولد الناس أحرارا ومتساوين في الحقوق » •

فالأفراد اذن يدخلون في الجماعة بما تعطيهم الطبيعة من حقوق متساوية • وهذه الحقوق تفرض على الجماعة ، فتلتزم الجماعة باحترامها • وكذلك تلتزم بفرض احترام هذه الحقوق على الجميع • غير أن وجود حقوق متقابلة متساوية لدى كل الأفراد ، قد يؤدي الى تعارضها • وهنا يظهر واجب الجماعة أو الدولة ، كما تظهر ضرورة القانون ووظيفته ، في العمل على التوفيق بين الاستعمال المتعارض لهذه الحقوق • وهذا التوفيق لا يتأتى الا بتقييد حقوق كل فرد بالقدر الذي يمكن غيره من استعمال نفس الحقوق • وهذا هو ما نصت عليه المادة الرابعة من «إعلان حقوق الإنسان والمواطن» بقولها : « الحرية هي فعل كل مالا يضر بالغير • ولذلك ليس لاستعمال الحقوق الطبيعية لكل فرد من قيود الا تلك التي تكفل لباقي الأعضاء في الجماعة التمتع بنفس الحقوق » • فالتقييد الذي يرد على استعمال الحقوق اذن انما هو تقييد متبادل بين كل فرد والآخر ، مما يحقق التكافؤ بين الأفراد ، ذلك التكافؤ الذي تدعو اليه وحدة الطبيعة ووحدة الحقوق بين الناس • وبذلك يقوم تكافؤ وتقابل بين ما لكل فرد من حق ، وما على كل فرد من واجب • وتلك هي المساواة التامة المطلقة التي تحقق العدل التبادلي أو العدل الخاص •

فالمذهب الفردي اذن انما عماده الحرية والمساواة المطلقة بين الأفراد • ولذلك كان المبدأ عنده هو الحرية ، والاستثناء هو تدخل الدولة لتقييد هذه الحرية • ومن هنا كان هذا التدخل مقصورا على قدر ضئيل هو القدر الضروري فقط لتمكين كل فرد من التمتع بحريته • وفي حدود هذا القدر الضئيل أي حيث لا تتعارض حرية الفرد مع حرية الآخرين، يكون للفرد



أن يعمل وينشط كما يشاء لتحقيق مصلحته الخاصة • ففي تحقيق المصالح الخاصة للأفراد أكبر ضمان لتحقيق المصلحة العامة للجماعة ، إذ الصالح العام — عند هذا المذهب — يتحقق آليا بمجرد ارضاء المصالح الخاصة ، لأن الهدف الأسمى لكل جماعة هو تحقيق سعادة الفرد وخيره •

وقد تأدى هذا المذهب ، بنظرته المستريية الى تدخل الدولة وحصر هذا التدخل في أضيق نطاق مما يجعل دور الدولة مجرد دور سلبي ، الى ترك الحرية للأفراد ينظمون علاقاتهم بمحض ارادتهم ، أى الى اعتناق **مبدأ سلطان الارادة** (L'autonomie de La volonté) • فاحتل العقد دورا يفوق دور المشرع في حكم العلاقات بين الأفراد • وأصبح شعار هذا المذهب أن ما تتعقد عليه ارادة المتعاقدين هو العدل •

فالأفراد — وهم يقفون على قدم المساواة القانونية أيا كانت الفروق الاقتصادية والاجتماعية بينهم — يستطيع كل منهم أن يرعى مصالحه بنفسه بما له من حرية الارادة • وليس من وظيفة الدولة ولا من وظيفة القانون التدخل لاقامة وصاية على الأفراد فيما يريدون وفيما يعقدون من عقود ، بدعوى حماية من أضرت به هذه العقود من المتعاقدين أو أخلت بمصالحه • فما دام التكافؤ قائما بين المتعاقدين والتساوى محققا بينهما من حيث توافر حرية الارادة لدى كل منهما ، فما يقضى به العقد هو العدل الملزم ، ولا ينفع في التحلل منه أن يكون قد لحق أحد المتعاقدين غبن فاحش ، أو لزمته شروط جائرة مرهقة • وتلك على أى حال سنة الحياة ، فالتنازع والتنافس بين مصالح الأفراد الخاصة ، لما ينحسم بقانون السوق لا بقانون الجماعة أو ارادة الدولة •

فالثابت إذن أن المذهب الفردي كان يقنع بتحقيق التكافؤ بين الأفراد باقامة مساواة مطلقة بينهم ، على اعتبار أن كلا منهم شخص كالأخر له نفس الحقوق وعليه نفس الواجبات ، أى كان يقنع بتحقيق العدل الخاص أو



التبادلى ، دون أن يتناول الى تحقيق العدل العام بتمكين الجماعة من السيطرة على الأفراد سيطرة تنفذ فيهم حكم الصالح العام •

## ٩٢ - تقدير المذهب الفردى

كان ظهور المذهب الفردى طبيعيا وضروريا فى الزمان الذى ظهر فيه، حيث اشتد تحكم الدولة وكثرت الفوارق الطبقيّة بين الأفراد • ومن هنا راج هذا المذهب وانتشر على يد فلاسفة وكتاب القرنين السابع عشر والثامن عشر ، ثم شق طريقه فهمين على الثورة الفرنسية حتى اعترفت به اعترافا رسميا فى وثيقة « اعلان حقوق الانسان والمواطن » • ثم ظلت له السيادة فى عالم القانون والسياسة ، فوضعت فى ظله وتحت تأثير تعاليمه أغلب التقنيات والقوانين التى صدرت فى النصف الأول من القرن التاسع عشر •

ولئن كان هذا المذهب لا ينكر فضله فى الدعوة الى محاربة استبداد الدولة وطمعائها ، ولا يجحد أثره فى التمهيد للاعتراف بقيمة الانسان ككائن حر الارادة والنشاط ، وتقرير المساواة بين الأفراد فى الحقوق والواجبات على السواء ، فإن أخطاره مالبثت أن تكشف بما جره اطلاق الحرية للأفراد واطلاق المساواة بينهم من عواقب وخيمة ونتائج ظالمة • قلن كانت طبيعة الأفراد واحدة اذ تجمعهم الانسانية ، وهم من هذه الوجهة متساوون، الا أن الطبيعة نفسها قد أوجدت بينهم من الفروق فى الحاجة وفى القدرة ما يتعذر معه الاصرار على القول بمساواة مطلقة بينهم ، بل تكون المساواة المطلقة هنا ضربا من النكار الواقع •

واطلاق الحرية للأفراد ينظمون علاقاتهم كما تشاء اراداتهم - مع ما هو ثابت من عدم تساويهم فى الواقع وخاصة من ناحية القوة الاقتصادية - أدى الى أن تصبح هذه الحرية أداة فى يد الأقوياء لتشديد القبضة على الضعفاء وتسخيرهم لقضاء مصالحهم • فسكنت الحرية الاقتصادية لنمو الرأسمالية وازدياد خطرها ، مما جعل الرأسماليين قوة



ضخمة تتحكم في العمال وتفرض عليهم من الشروط الجائرة والأجور البخسة ، ما لم يكن لهم بد من قبوله أمام مطالب العيش الملحة ، وكل ذلك باسم الحرية والمساواة ومبدأ سلطان الارادة . وكذلك مكنت حرية التعاقد بعض الأفراد من التحكم في البعض الآخر عند اختلال التوازن بين العرض والطلب في السوق اختلالا كبيرا ، فالملاك يتحكمون في المستأجرين ، والبائعون في المشترين ، بالارتفاع بالأجر أو الثمن ارتفاعا فاحشا . فضاعت الحرية الحقيقية للمتعاقدين ، وأصبحت مجرد املاء من طرف على طرف ، بعد أن صار القول الفصل لقانون العرض والطلب .

وبذلك انتهى المذهب الفردي الى الاضرار بالصالح العام للجماعة ، وظهر فساد اعتقاده في أن هذا الصالح يتحقق آليا بمجرد تحقيق الصالح الخاص ، فالأفراد — وهم يجرون وراء مصالحهم الخاصة — لا يلقون بالا الى تحقيق الصالح العام ، بل كثيرا ما يحققون مصالحهم الخاصة على حساب الصالح العام . وتمكن بعض الأفراد من تحقيق مصالحهم الخاصة على حساب البعض الآخر نظرا لما يملكون عليهم من قوة اقتصادية مهيمنة ، يخلق جوا من القلق والتذمر الاجتماعي ليس من صالح الجماعة وجوده .

كل هذه النتائج الظالمة التي أفضى اليها تطبيق المذهب الفردي قد تولدت من أن هذا المذهب — وقد نبت للحد من طغيان الدولة فوضع أمام هذا الطغيان حاجزا مما سماه بالحقوق الطبيعية للانسان التي يتساوى فيها كل الأفراد — قد أغفل حقيقته أساسية هي وجود الجماعة ، كوحدة تربط بين أفراد متعاونين متضامنين ، لا كمجرد اطار صناعي يضم أفرادا منعزلين مستقلين . فلم ينظر الى الجماعة على أن لها حقوقا كما للأفراد حقوق ، وأن لها صالحا يقتضيها التدخل لمنع طغيان بعض المصالح الخاصة على البعض الآخر نتيجة اطلاق الحرية للأفراد مع انعدام التكافؤ الفعلي بين قواهم .

وبذلك ظهر أن العدل الخاص أو التبادلي ليس بالعدل الذي يمكن



أن تقوم عليه وحده قواعد القانون ، التي تفترض وجود الجماعة ككل مستقل عن أجزائه . فمثل هذا العدل — ان كان يكفي وحده في العلاقات بين أفراد منعزلين مستقلين — لا يصلح كأساس وحيد لحكم العلاقات بين أفراد يكونون — كأجزاء متماسكة — بناء جماعة واحدة ، ويجمعهم هدف واحد وصالح مشترك هو صالح هذه الجماعة .

كل أولئك أدى الى تكاثر الهجمات على المذهب الفردي عنيفة قاسية ، وما لبثت هذه الهجمات أن تجمعت وتبلورت حتى خرج منها « المذهب الاجتماعي » الذي كان له أكبر الفضل في تطوير القانون والانتقال به وبالدولة من الدور السلبي الذي اضطرهما اليه المذهب الفردي ، الى دور ايجابي يقوم على التدخل في نشاط الأفراد بما يحقق الصالح العام ، دون الارتكان الى مجرد تطبيق العدل الخاص أو التبادلي ، الذي ينتهي في كثير من الحالات — كما رأينا — الى خلق أوضاع ظالمة بتمكين الأقوياء من التحكم في الضعفاء .

## § ٢ — المذهب الاجتماعي (١)

La doctrine socialiste

### ٩٣ — أسس المذهب الاجتماعي (٢)

بقدر ما كان المذهب الفردي متطرفا في تقديس الفرد كغاية في ذاته والاعتراف بحقوقه الى حد التغاضي عن حقوق الجماعة وصالحها ، بقدر

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., Nos. 43 - 45. — Le Fur, article précité. — Radbruch, article précité. — Roubier, op. cit., Nos. 20, 22, 26. — Waline, op. cit., pp. 55-86.

(٢) نفضل وصف هذا المذهب بأنه « اجتماعي » لا « اشتراكي » كما يفعل كثير من الفقهاء والكتاب ، حتى لا ينصرف الذهن الى المدلول الشائع لاصطلاح « المذهب الاشتراكي » كمذهب اقتصادي .



ما جاء المذهب الاجتماعى متطرفا فى الناحية المقابلة أى فى تقديس الجماعة وتغليب صالحها على الصالح الخاص .

فالمذهب الاجتماعى لا يعنى — كالمذهب الفردى — بالانسان كفرد فى ذاته منعزل ومستقل عن غيره من الناس ، ولكنه يعنى به ككائن اجتماعى مرتبط بغيره من الناس ومتضامن معهم فى سبيل تحقيق صالح الجماعة التى تضمهم . فالجماعة اذن — لا الفرد — هى الهدف الاسمى من الوجود ، لأنها غاية فى ذاتها وليست أداة أو سيلة لغيرها من الغايات ، ولذلك كانت هى القيمة العليا التى ينبغى حمايتها والتمكين لصالحها وخيرها .

ومن هنا ينبغى تسخير الأفراد لخدمة الجماعة، فيساهم كل منهم بنصيب فى تحقيق الصالح العام المشترك ، وهم بذلك يعملون على تحقيق مصالحهم الخاصة لأن الصالح الخاص لكل فرد ينبغى أن يكون هو نفس الصالح العام للجماعة باعتبار أن الفرد لا كيان له بنفسه ، بل كيانه بالجماعة التى هو عضو من أعضائها ؛ فتحقيق صالح الجماعة يحقق اذن بالتبعية وآليا صالح الأفراد ، لأن الخير الذى يصيب الكل يتوزع على الأجزاء . فنقطة الابتداء اذن — ان كانت عند المذهب الفردى هى الفرد وصالحه الخاص باعتبار أن خير الفرد يستتبع خيرا للمجموع وصالحه — تصبح عند المذهب الاجتماعى هى الجماعة وصالحها ، باعتبار أن خير المجموع هو الذى يستتبع خير الفرد وصالحه .

فالمحور الذى يرتكز عليه المذهب الاجتماعى هو اعتبار كل فرد جزءا من الجماعة ، لا مجرد انسان مستقل عن غيره من الأفراد . أى أن المذهب الاجتماعى لا ينظر الى الفرد — كما يفعل المذهب الفردى — باعتباره مجرد انسان لا يختلف عن غيره من الأفراد من هذه الناحية ، وانما ينظر اليه ككائن اجتماعى ، أى كفرد له حقيقته الاجتماعية المختلفة عن حقيقة غيره من الأفراد أعضاء الجماعة ، من حيث الحاجة أو القدرة أو العمل أو القوة الاقتصادية أو الدور الذى يقوم به فى الحياة الاجتماعية ، أو بوجه عام



ينظر الى الفرد باعتبار حالته من القوة أو الضعف الاجتماعى •

فالمذهب الاجتماعى يبصر اذن بالفروق الواقعية الموجودة بين الأفراد فى الحياة ، على خلاف المذهب الفردى الذى يغفل هذه الفروق لأنه لايعنيه من الأفراد الا أنهم محض أفراد مجردين من أى وصف آخر • من أجل ذلك قام المذهب الفردى على العدل الخاص أو التبادل الذى يسوى بين الأشخاص ، بينما قام المذهب الاجتماعى على العدل العام ( التوزيعى والاجتماعى ) الذى يسوى بين مختلف القيم المتعلقة بالأشخاص وفقا لمقتضيات الصالح العام • وبذلك هجر المذهب الاجتماعى مبدأ التكافؤ بين الأفراد — الذى يدعو اليه المذهب الفردى ، والذى كثيرا ما ينقلب بفعل ظروف الحياة واختلاف القوى بين الأفراد الى تسلط بعض الأفراد على بعض — واعتنق مبدأ السيطرة الذى يضمن التسلط — لا لفريق من الأفراد على فريق — ولكن للجماعة وحدها على أفرادها باعتبارهم أعضاءها ، بما يضمن فى ميزان الصالح العام التفاضل بين مختلف ما يتعلق بالأشخاص من قيم •

كل ذلك أدى بالمذهب الاجتماعى الى دعوة الجماعة الى تشديد قبضتها على الأفراد والتدخل فى نشاطهم بما يحفظ الصالح العام ويحمى الضعفاء من تحكم الأقوياء ، فكبرت بذلك عنده مهمة الدولة وعظم أثر القانون وانبسط على مختلف آفاق النشاط فى الجماعة • فتقلص بذلك أو كاد مبدأ سلطان الارادة وحرية التعاقد فى منطق هذا المذهب ، اذ الصالح العام يخول للدولة أن تتدخل لاقامة مساواة حقيقية بين المتعاقدين لمنع تحكم فريق فى فريق بالاستناد الى قوة اقتصادية جبارة أو الاستفادة من ظروف العرض والطلب المواتية •

وتطبيقا لهذا المذهب صدرت فى مختلف الدول قوانين تجبر الملاك على التأجير بأجر معين ، وتقرر تجديد عقود الايجار بعد فوات مدتها جبرا



على المؤجرين ، وتعدد شروط عقد العمل ، وتخضع كثيرا من السلع للتسعير الجبرى . وكذلك أخذ الغبن فى القانون الحديث طريقه الى أن يكون سببا لابطال العقد أو لانتقاص التزام الطرف المغبون ، مما يؤكد منطق المذهب الاجتماعى فى تغليب صالح الجماعة الذى يقضى بحماية من تقعد به خبرته أو تدفعه حاجته أو يضطره استغلال غيره لضعفه الى الاقدام على تعاقد يغبن فيه ، دون الاعتداد بحصول التراضى بين المتعاقدين ، أو التسليم بحق الطرف الآخر فى اقتضاء الالتزام كاملا رغم الغبن ، باعتباره حقه الذى انتهى اليه من مصدر مشروع للالتزام هو العقد . فالعقد عند المذهب الاجتماعى ليس ضمنا كافيا لتسويد التزامات عادلة ، لأن عدم التكافؤ الموجود بين مراكز وقوى المتعاقدين فى الحياة لايسمح بمناقشة حرة عادلة بين الطرفين ، ولذلك يجب تدخل القانون لمنع استغلال الأقوى للأضعف ، فيقيم بما يحقق الصالح العام توازنا بين قوة القوى وحاجة الضعيف ، أى يحل العدل العام محل العدل الخاص .

#### ٩٤ - تلدير المذهب الاجتماعى

ذلك هو فقه المذهب الاجتماعى وتنتائج . وليس ينكر عليه فضله فى كبح جباح الفردية المتطرفة وما تجره من طغيان الأقوياء وتحكمهم فى الضعفاء ، واهدار الصالح العام لحساب بعض المصالح الخاصة .

ولكن المذهب الاجتماعى - كالمذهب الفردى - لم يخل من تطرف ومغالة : فان كان المذهب الفردى يضحى بالجماعة لصالح الفرد فيسخرها لخدمته وكفالة حقوقه وحرية ، فالمذهب الاجتماعى يضحى بالفرد لصالح الجماعة فيجعله وقفا على خدمتها ، وهو لا يتخرج فى سبيل ذلك من اهدار حرية الفرد ، وتشديد قبضة الدولة عليه - وهى تهيمن على كل نشاطه - تشديدا لا تؤمن عواقبه ، اذ لا يلبث أن يدفع بها الى التحكم والاستبداد .



## ٩٥ - ضرورة الجمع بين المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي (١)

من كل ذلك نخلص بأن المذهبين الفردي والاجتماعي متطرفان كل منهما في الناحية العكسية للآخر ، تطرفا يؤدي في الناحيتين الى نتائج غير مقبولة . فبينما يسوق المذهب الفردي — بمنطقة في تقديس الفرد وحرية — الى تحكم فريق من الأفراد في فريق بما لهم من غلبة اقتصادية أو اجتماعية ، يسوق المذهب الاجتماعي — بمنطقة في تقديس الجماعة وصالحها — الى تحكم الدولة واستبدادها وعصفها بحريات الأفراد واهدارها لمصالحهم الخاصة ، مما قد يقضى على الدافع الشخصي لدى الأفراد فيما يقومون به من نشاط في الحياة ، فلا يلبث أن ينعكس أثر ذلك على الجماعة نفسها وعلى الصالح العام .

من أجل ذلك لا يتأتى الأخذ بمذهب من هذين المذهبين دون الآخر . فضلا عن أن كلا منهما انما يعبر عن حقيقة أساسية لا ينبغي اغفالها في شأن تكوين القاعدة القانونية : فالمذهب الفردي يقوم على حقيقة وجود الانسان ككائن فردي له شخصيته وكياله الذاتي واستقلاله عن غيره من الناس . والمذهب الاجتماعي يقوم على حقيقة وجود الانسان ككائن اجتماعي ، أي ككائن يعيش في الجماعة كعضو من أعضائها فيعتبر جزءا منها لا كيان له الا بها . والخطأ انما يأتي من قصر النظر الى حقيقة دون الأخرى ، فالقول بالمذهب الفردي انما يغفل في الانسان اجتماعيته وخضوعه للجماعة وصالحها ، والقول بالمذهب الاجتماعي انما يغفل فيه فرديته واستقلاله وحرية . بينما الانسان لا يمكن أن تتصور اجتماعيته دون فرديته والا صار مجرد آلة تعمل في جهاز ضخيم كبير دون عقل أو ارادة ، وكذلك لا يمكن أن تتصور فرديته دون اجتماعية ، والا انقلب الأمر فوضى منطقها الغلبة للقوة .

---

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Roubier, op. cit., No. 28, pp. 236-242. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, Nos. 56-60. — Le Fur, article précité. — Réglade, op. cit., pp. 53-55.



كل ذلك يحتم الجمع بين المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي ، وإقامة قواعد القانون — على هدى هذا الجمع — بما يحقق التوازن بين طبيعة الإنسان الفردية وطبيعته الاجتماعية ، مما يتيح تحقيق صالح الفرد دون اهدار صالح الجماعة ، والتمكين لخير الجماعة ولكن ليس على حساب حقوق الفرد وحرية . أى أن القواعد القانونية ينبغي أن توفر للفرد ما يحتاجه من كيان ذاتى مستقل عن طريق كفالة حرية وتمتعه بحقوقه ، وأن توفر للجماعة في نفس الوقت ما تحتاجه من كيان جماعى متماسك يتضامن فيه الأفراد وتنصر جهودهم خدمة للصالح العام المشترك بينهم . وبقدر توفيق القواعد القانونية في تحقيق صالح الفرد وصالح الجماعة والموازنة بينهما بما لا يهدر أحدهما ، تكون صلاحيتها وقدرتها على إقامة العدل في الجماعة .

ومن هنا تظهر حقيقة العدل الذى ينبغي على القواعد القانونية تحقيقه ؛ فليس هو مجرد العدل الخاص أو التبادلى الذى يقوم على أساس التكافؤ بين الأفراد فيستهدف تحقيق المساواة المطلقة بين أشخاصهم ، فقد رأينا ما يجره مثل هذا العدل — وقوى الأفراد متفاوتة أشد التفاوت في الواقع — من تحكم الأقوياء في الضعفاء ، واهدار الصالح العام لحساب الصالح الخاص . وليس هو مجرد العدل العام ( التوزيعى والاجتماعى ) الذى يقوم على أساس سيطرة الجماعة على الأفراد سيطرة الكل على الجزء فيستهدف تحقيق الصالح العام دون اعتبار للصالح الخاص ، فقد رأينا ما يجره مثل هذا العدل من تحكم الدولة وكبت الحريات واهدار حقوق الأفراد . وانما هو مزاج بين هذا العدل وذاك ، أى مزاج بين ما يجب من تكافؤ الفرد وتساويه مع غيره من الأفراد مساواة مطلقة في الحقوق والواجبات ، وبين ما يجب من تسخير الفرد لخدمة الجماعة واخضاعه — تبعاً لذلك — لمقتضيات الصالح العام ، مما لا يتحقق به مساواة مطلقة بين الأفراد وانما مجرد مساواة نسبية تكون العبرة فيها بتساوى القيم التى تلحق الأفراد من حيث درجة تحقيقها للصالح العام .



فالتوازن اذن ينبغي أن يتحقق بين العدل الخاص والعدل العام ، بمعنى أن يحد كل منهما من التطرف الذي قد يندفع اليه الآخر . فالمساواة المطلقة — ان كانت واجبة بين الأفراد — الا أن على الجماعة أن تتدخل للحد مما قد تفضي اليه هذه المساواة من اضرار بالصالح العام . والصالح العام — ان كان يبيح للجماعة فرض سيطرتها على الأفراد وتسخيرهم لخدمتها مما قد يهدر بعض المضالح الخاصة — الا أن سلطة الجماعة في هذا الشأن ليست مطلقة ، بل هي مقيدة باحترام مقومات الفرد الأساسية . أى أن الحرية والمساواة بين الأفراد انما يحد من اطلاقها وانطلاقها الصالح العام ؛ وسيطرة الجماعة وهيمنتها على أعضائها باسم الصالح العام ، انما تتقيد باحترام حقوق الفرد الجوهرية «<sup>١</sup>» .

يخلص من كل ذلك أن قواعد القانون يجب أن تقوم على الجمع بين المذهب الفردى والمذهب الاجتماعى مما يستتبع النظر الى العدل باعتباره موازنة بين العدل الخاص والعدل العام . ولعل أكبر مثل على هذا الجمع وذلك التوازن، هو نظرية التعسف فى استعمال الحق . فمنطق المذهب الفردى ومقتضى العدل الخاص الذى يتولد منه ، أن الحق يسبغ على صاحبه حصانة مطلقة تعصمه من المسؤولية عما قد يترتب على استعماله من ضرر بالغير ، أى أن صاحب الحق له مطلق الحرية والسلطان فى حقه ، لا معقب عليه فى استعماله ، اذ هو مجرد امتداد لاستقلاله . بينما منطق المذهب الاجتماعى ومقتضى العدل العام الذى يتولد منه ، أن الحق ما هو الا وظيفة اجتماعية ، وأن صاحبه ما هو الا موظف موكل باستعماله لتحقيق هذه الوظيفة التى يحددها الصالح العام ، أى أن الحق لا يعطى صاحبه سلطة أو امتيازاً ، بل يفرض عليه واجبا أو التزاماً ، وهو ما عبر عنه الفيلسوف الفرنسى « أوجست كونت » Auguste Comte فى قوله المشهورة : « ليس لأحد من حق الا فعل واجبه » .

(١) فى هذا المعنى :

Réglade, op. cit., pp. 54, 55 — Roubier, op. cit., No. 28, p. 242.



وليس يخفى ما يجره المذهب الفردى والعدل الخاص من خطر تحكم صاحب الحق ، وتحول الحق في يده أداة طيعة للاضرار بغيره في سبيل تحقيق أغراض غير مشروعة ؛ ولا ما يجره المذهب الاجتماعى والعدل العام من انكار فكرة الحق التى هى امتداد لكيان الفرد واستقلاله ، وتحويلها الى مجرد واجب أو التزام يقع على عاتق الفرد لصالح الجماعة . فاعتبار الحق سلطة مطلقة ، أو اعتباره مجرد واجب لتحقيق وظيفة اجتماعية معينة ، لا يحقق أى منهما العدل على وجهه الصحيح ؛ فكل من الاعتبارين مسرف فى الناحية المقابلة للآخر ، والعدل غير الاسراف ، اذ هو وسط بين طرفين متقابلين فى الاسراف .

من أجل ذلك كان العدل الواجب هو الاعتراف للفرد بما له من حقوق، يتمتع بها ويستعملها فى حرية ، ولكن دون أن تكون حريته فى ذلك مطلقة، والا أصبح الحق فى يد صاحبه سلاحا يهاجم به الجماعة عن طريق الاضرار بأعضائها ، لا مجرد تأكيد لما يجب له من كيان ذاتى واستقلال . فان كان المبدأ هو حرية صاحب الحق فى استعماله ، الا أن هذه الحرية تنقيد باستخدامها على الوجه الذى يحقق الأغراض التى من أجلها اعترفت الجماعة بالحق لصاحبه كميزة أو سلطة يختص بها . واستخدام الحرية على غير هذا الوجه انما هو تعسف وغلو من صاحب الحق فى استعمال حقه ، مما يعكس على الجماعة أهدافها فى الاعتراف بالحق له وينال صالحها بالضرر . ولذلك يكون تدخل الجماعة واجبا لرفع مثل هذا التعسف ، ورد الحرية الممنوحة لصاحب الحق فى استعماله الى حدها المشروع باعادة التوازن بين صالح الفرد وصالح الجماعة ، أى بين مقتضيات العدل الخاص من احترام الفرد وحرية ، ومقتضيات العدل العام من اخضاع الفرد لسيطرة الجماعة تحقيقا للصالح العام .

فالمالك الذى يقيم سورا شاهقا على حدود ملكه بقصد حرمان المنزل المجاور من الضوء والهواء ، يؤمر بهدم السور الى الحد المعقول . ورب العمل الذى يفصل العامل استنادا الى أن عدم تحديد عقد العمل بمدة



معينة يعطى كل طرف حق انهاءه في أى وقت ، يلزم بتعويض العامل اذا لم توجد أسباب قوية وجدية مشروعة تبرر هذا الفصل .

وأياً كان الأمر ، فالاتجاه اليوم في القانون الحديث في كثير من الدول هو الجمع بين المذهبين الفردي والاجتماعي بما يوازن بين العدل الخاص والعدل العام . وان يكن المذهب الاجتماعي هو السائد بصورته المطلقة في بعض الدول التي تنتصر فيها الشيوعية أو الفاشية أو النازية ، حيث يعتبر العدل هو مجرد العدل العام عن طريق تحقيق الصالح العام وحده ، باعتبار أن الفرد ما هو الا كائن اجتماعي لا وجود له الا في الجماعة وبالجماعة ، فلا يتصور له صالح غير صالحها مما يجعله مسخراً في خدمتها . أما المذهب الفردي الذي كان سائداً حتى أواسط القرن الماضي في قوانين أغلب الدول ، فقد تقلص اليوم ظله بما كان عليه من صورة مطلقة لاتعرف من العدل الا العدل الخاص ، بعد أن تكشفت في العمل أخطاره وأضراره ، فدخلت النزعة الاجتماعية هذه القوانين تكبح جماح الفردية الصارخة وتحد مما يجره العدل الخاص من نتائج ظالمة عن طريق موازنته بالعدل العام .

**فالتقنين المدني الفرنسي** مثلاً ، الذي ما زال معمولاً به الى اليوم ، صدر في مفتح القرن الماضي مشبعاً بروح المذهب الفردي وقام في أغلب قواعده على أساس العدل الخاص . ولكن القضاء الفرنسي لم يقف مكتوف اليدين أمام أخطار الفردية المطلقة . فما لبث أن أفسح المجال للمذهب الاجتماعي وللعدل العام يوازن به العدل الخاص ويحد من غلوائه ، حتى غدا التقنين المدني الفرنسي اليوم — بعد قرن ونصف من الزمان من صدوره — بعيداً عن النزعة الفردية المطلقة التي نبت في ظلها .

وكذلك الشأن في **القانون المصري** ، فلقد كان للقضاء المصري جهد مشكور في الحد من النزعة الفردية المطلقة التي ورثها التقنين المدني القديم عن التقنين المدني الفرنسي ، بما أقر من نظريات اجتماعية الصبغة كنظرية



التعسف في استعمال الحق . ثم جاء التقنين المدني الجديد صورة من الاعتدال بين النزعة الفردية والنزعة الاجتماعية ، فلا هو يسخر الفرد لخدمة الجماعة ، ولا هو يضحى بصالح الجماعة لمصلحة الفرد « ١ » ، والما يقيم توازنا بين حقوق الفرد وحرية كما يحتم احترامها العدل الخاص ، وبين حقوق الجماعة وصالحها كما يفرض احترامها العدل العام .

فلئن يكن يعترف بحرية الارادة وسلطانها في ترتيب الآثار القانونية ، الا أنه لا يطلق لهذه الحرية العنان ، بل يورد عليها من القيود ماتحتمة رعاية الصالح العام : فارادة كل متعاقد مقيدة بالألا تستغل في شخص المتعاقد الآخر طيشا بينا أو هوى جامحا ، توصلا الى غبنه وتحميله بالتزامات لا تتعادل البتة مع ما يحصل عليه من فائدة ( م ١٢٩ ) . والارادة كذلك مقيدة في حالة عقود الاذعان التي يقتصر القبول فيها على مجرد تسليم طرف بما يضعه الطرف الآخر من شروط مقررة لا يقبل المناقشة فيها ، كعقود توريد النور والماء والغاز ، فللقاضي — اذا كانت هذه الشروط تعسفية — أن يعدلها أو يعفى الطرف المدعن منها ( م ١٤٩ ) .

ولئن يكن التقنين المدني الجديد كذلك يعترف بالحقوق للأفراد ويكفل لمتنعمهم بها واستعمالهم لها ، فيحمي بذلك الفرد في أخص مقومات كيانه ؛ الا أنه لا يغفل حماية الجماعة من خطر الاستعمال المطلق للحقوق والتعسف فيه ، فيخضع استعمالها لرقابة القضاء ، ويعتبره غير مشروع اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير ، أو اذا كانت المصالح التي يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع مايصيب الغير من ضرر بسببها ، أو اذا كانت المصالح التي يرمى الى تحقيقها غير مشروعة ( م ٥ ) .

وكذلك فان التقنين الجديد لا يقنع بتطبيق العدل الخاص فيأمر بتنفيذ العقد رغم تغير الظروف ، بل يجيز للقاضي — اذا طرأت ظروف

---

(١) في هذا المعنى :

عهد الرزاق السنهوري ، الوسيط في مصادر الالتزام ، ص ٩٦ .



استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد ، مما يصير معه التنفيذ مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة — أن يرد الالتزام المرهق للمدين الى الحد المعقول بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين (٢/١٤٧) •

#### ٩٦ — التنازع بين فكرة العدل وفكرة النظام والاستقرار (١)

ينبغي اذن أن تقوم القاعدة القانونية على أساس من العدل بالمعنى الذى أوضحناه ، أى على أساس من التوازن بين العدل الذى يحفظ على الفرد ذاتيته ويعطى له حقوقه ومقوماته الأساسية ، وبين العدل الذى يحفظ على الجماعة كيانها ويوفر لها صالحها ومقوماتها الضرورية •

فتحقيق العدل — على هذا النحو — هو غاية القاعدة القانونية وأساسها . ولذلك قلنا من قبل ان العدل — باعتباره مثلاً أعلى — هو العنصر الأهم فى تكوين جوهرها ، اذ يسهم فى هذا التكوين بالنصيب الأوفر فيهيمن على العنصر الآخر وهو عنصر الواقع الذى يضم عوامل الحياة الاجتماعية وحقائقها •

غير أن فريقاً من الفقهاء ينكر على القانون أن هدفه الأسمى هو تحقيق العدل وحده ، وأن فكرة العدل هى الأساس الذى تقوم عليه قواعده اذ هم يغلّبون مقتضيات النظام والأمن الاجتماعى على فكرة العدل ، ولا يرون بأساً أو تشريفاً فى التضحية بالعدل فى سبيل اقرار الأمن والاستقرار والطمانينة فى المجتمع • وهم يتلمسون فى سبيل تأييد رأيهم بعض النصوص القانونية التى يفسرونها على أنها تغليب لفكرة النظام والأمن وتضحية بفكرة العدل :

( ١ ) فالقاعدة التى تعطى قوة الزامية للعقود رغم ما قد يشوبها من

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, t. III, 1937-1938; Le but du droit : Bien commun, Justice, Sécurité.



غبن يصيب أحد المتعاقدين ، انما هي قاعدة تجافى العدل عندهم ، ولكنها مجافاة تملئها وتبررها مقتضيات الأمن والاستقرار في المعاملات ، اذ لو فتح الباب للمطالبة بإبطال العقود التي يشوبها غبن أو برفع هذا الغبن ، لضاعت الثقة واضطربت المعاملات بين المتعاقدين •

ولكن الأولى أن يقال أن هذه القاعدة انما تقرها بعض القوانين الوضعية دون البعض الآخر ، لأنها مجرد تطبيق لفكرة العدل الخاص ، وما تستتبعه من المساواة بين الأفراد باعطائهم نفس الحرية في تنظيم شئونهم ومعاملاتهم ؛ فما يتولد من هذه الحرية من عقود ، يجب احترامها والالتزام بها أيا كان الغبن الذي ينال أحد المتعاقدين من جرائها ، اذ هو المسئول وحده عما يصيبه من غبن ، فقد كانت له نفس الحرية التي للمتعاقد الآخر في مناقشة شروط العقد ، فان لم يستفد من هذه الحرية استفادة الطرف الآخر منها ، لطيشه أو ضعف خبرته أو حاجته أو معاكسة ظروف العرض والطلب له ، فلا يلومن الا نفسه •

ولكن سبق أن بينا أن مثل هذه القاعدة تجافى العدل العام ، لأن إطلاق الحرية للأفراد يتعاقدون على قدم المساواة — مع اختلافهم في واقع الأمر — من حيث الخبرة أو الحاجة أو القوة الاقتصادية ، يؤدي الى غبن فريق لمصلحة فريق آخر مما يخلق جوا من القلق والتذمر يضر بالصالح العام أبلغ الضرر • ولا ينفع في تبرير هذه القاعدة أو استبقائها القول بأنها انما تحقق النظام والاستقرار في المجتمع ، فهي انما تحقق نظاما ظالما واستقرارا معيبا على حساب الصالح العام •

من أجل ذلك لا يكون وجود مثل هذه القاعدة في بعض القوانين الوضعية حجة على أن القانون يتجاوز أحيانا عن تحقيق العدل ، لأنها قاعدة ينبغي عدم التسليم باستبقائها ، اذ تخل بالتوازن الواجب بين العدل الخاص والعدل العام • ولذلك أصبح الاتجاه الحديث في القانون اليوم



هو اقامة هذا التوازن ، باعطاء حرية التعاقد لكل الأفراد على قدم المساواة، ثم بالتدخل لمنع ما قد يجره عدم تساويهم في الواقع من استغلال فريق وغبنه لفريق . وهذا هو الطريق الذي سار فيه القانون المدنى المصرى الجديد «١» ، بعد أن كان القانون القديم يتبع القانون المدنى الفرنسى فى منع ابطال العقود أو تخفيض الالتزامات المترتبة عليها فى حالة الاستغلال أو الغبن كقاعدة عامة لا يرد عليها استثناء الا بنص صريح كما هو الشأن فى الغبن الحاصل فى بيع عقار القاصر .

( ٢ ) وكذلك فالقاعدة التى تقرر التقادم كوسيلة للبراءة من دين أو كوسيلة لاكتساب حق ، تعتبر عند أهل هذا النظر قاعدة تجافى العدل ولا يمكن تبريرها الا على أساس مقتضيات النظام والأمن والاستقرار فى المجتمع «٢» .

ولكن الواقع أن هذه القاعدة لا تجافى الا صورة معينة للعدل هى صورة العدل الخاص أو التبادلى ، اذ بمقتضى هذه القاعدة يكتسب الحق شخص غير صاحبه ، ويبرأ المدين من دينه دون الوفاء به .

ولكن هذه القاعدة لا تجافى الصورة الأخرى للعدل أى العدل العام، اذ مقتضى هذا العدل تحقيق الصالح العام ، واحترام العدل الخاص هنا يفوت تحقيق هذا الصالح، بما يطيل من منازعات ومناقضات الى ما لانهاية . فمصلحة الجماعة واضحة فى تحقيق الأمن والاستقرار فيها عن طريق تسوية

---

(١) تنص المادة ١/١٢٩ من التقنين المدنى الجديد على انه « اذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقدين المغبون لم يبرم العقد الا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقدين المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد » .



الحساب وانتهاء النزاع بين الأفراد بمضى وقت معلوم معقول يمكن صاحب الحق من استرداد حقه المغصوب ، بحيث يعتبر مضى هذا الوقت قرينة أو أمارة على أن الدائن قد اقتضى دينه وأن صاحب الحق قد استرد حقه المغصوب ، لأن ذلك هو الغالب في العمل ، مما يمتنع معه — بمضى هذا الوقت — إمكان مطالبة المدين بإثبات براءته من الدين ، أو الغاصب بإثبات شرعية وضعه . وتحقيق هذه المصلحة العامة للجماعة ينبغي أن لا ينف في سبيله تحقيق مصلحة خاصة لأفراد قليلين قد لا يستوفون ديونهم أو لا يستردون حقوقهم المغصوبة بمضى المدة المقررة .

فقاعدة التقادم لا تطرح العدل اذن ، بل هي على العكس تأخذ به ، ولكن بمعناه الذي أوضحناه أى كتوازن بين العدل العام والعدل الخاص . وهذا التوازن يتحقق من تلقاء نفسه في أكثر الحالات . فالغالب في العمل أن يتفق العدل الخاص مع العدل العام ، اذ بمقتضى المدة المقررة عادة يكون الدائن قد استوفى دينه ، وصاحب الحق قد استرد حقه . ولا يخل هذا التوازن الا في القليل النادر حيث تمضى المدة دون أن يستوفى الدائن دينه ، أو يسترد صاحب الحق حقه . ولا يتصور في مثل هذه الحالات الاستثنائية النادرة تغليب العدل الخاص على العدل العام ، بل الواجب في شأنها هو تغليب العدل العام أخذاً بأماره الغالب في العمل وتحقيقاً للصالح العام بإسداد الستار على ماض بعيد يتعذر اثباته ، وتثبيت ما استقر من أوضاع مدة طويلة دون منازعة أو تعرض ، مما يمكن للاستقرار والأمن في المعاملات ، ويحقق للمجتمع بذلك نظاماً عادلاً .

#### ٩٧ — القوانين الوضعية المخالفة لفكرة العدل

فالعدل اذن يبقى هو أساس القاعدة القانونية والعنصر الأهم في تكوين جوهرها ، بمعنى أن القانون الوضعي ينبغي أن يستلهم في أحكامه مبادئ



العدل ، وأن يتقيد بها فيما يقرر من تكاليف ، فلا يجاوز حدودها • ولكن يحدث كثيرا في العمل أن يتضمن القانون الوضعي أحكاما ظالمة تناقض المثل الأعلى للعدل • وهنا تتنازع الأفراد قوتان : قوة الدولة أو الجماعة المادية التي تفرض طاعة القانون الوضعي ، وقوة العقل المعنوية التي تفرض طاعة المثل الأعلى للعدل • وبين هاتين القوتين تتوزع وتتراوح آراء الفلاسفة والكتاب والفقهاء «<sup>١</sup>» • فمنهم من يغلب قوة العدل على قوة السلطان ، فيبيح تحدى قوى الدولة فيما تفرضه من قوانين ظالمة • ويتدرج في ذلك من مجرد العصيان الى الثورة ، وهو ما أخذت به الثورة الفرنسية فيما أعلنته من حقوق الانسان اذ اعتبرت بعض دساتيرها حق الثورة على الظلم ومقاومته ضمن هذه الحقوق •

ولكن هذا الحل — وان يكن حلا منطقيا تمليه هيمنة فكرة العدل على القانون الوضعي — الا أن الاعتراف به كحل قانوني قد يبذر بذور الفوضى في الجماعة ، فيتخذ كل فريق أداة لتحقيق أغراضه وأهوائه لا لتحقيق العدل في ذاته ؛ كما قد يغري الأفراد بكثرة الالتجاء اليه مما يضعف سلطان الدولة وهيبتها ، فيفقد العدل بذلك القوة التي تحرسه وتكفل احترام أحكامه في الجماعة •

من أجل ذلك يتجه الفقه الحديث الى البحث عن حل داخل نطاق النظم القانونية الوضعية نفسها ، فيضع أمله في القضاء ، وينتظر منه شل القوانين الظالمة عن طريق رقابته لدستوريتها أى البحث في مدى موافقتها للدستور الذى يتضمن عادة كثيرا من مبادئ العدل وقواعده ؛ أو على

---

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Gény, op. cit., t. IV, Nos. 283-300. — Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, notamment Nos. 219-237. — Roubier, op. cit., No. 19 pp. 178-184, — Duguit, op. cit., t. III, notamment § 98, § 101.



الأقل ينتظر منه الحد من مدى هذه القوانين الظالمة بما يملك من حرية واسعة في التفسير •

\* \* \*

#### ٩٨ - خلاصة هذا الباب

على هذا النحو نكون قد انتهينا من الباب الأول في بيان العناصر المكونة لجوهر القاعدة القانونية ، أو في بيان تكوين القاعدة القانونية من حيث الموضوع • وقد رأينا أن هذا التكوين انما يرد الى عنصرين اثنين : عنصر الواقع من حقائق الحياة في الجماعة ، وعنصر المثل الأعلى للعدل ، الذى يقوم هذا الواقع ويفرض الواجب فيه • وهذا مذهب يتوسط بين فقه المدرستين المتقابلتين في التطرف في هذا الصدد ، المدرسة الواقعية والمدرسة المثالية •

**فالقاعدة القانونية اذن ينبغى أن ترضى - بما يوافق العدل - ما يكشف عنه الواقع من حاجات الجماعة والأفراد فيها •**







## الباب الثاني

### شكل القاعدة القانونية

#### ٩٩ - تمهيد

تكلّما في الفصل السابق عن جوهر القاعدة القانونية والعناصر المكوّنة له . غير أن هذا الجوهر - ككل مادة أولية - يحتاج الى اعطائه الشكل أو التعبير الذي يصلح به في التطبيق العملي . فهو يعرض عاما مبهما ، فيحتاج الى تحديد مضمونه تحديدا عمليا عن طريق الصياغة الفنية الدقيقة . وهو يعرض كذلك مجردا من قوة عملية تلزم الأفراد به وتحملهم جبرا على احترامه ، فيحتاج الى سلطة تفرضه وتعطيه قوة الالتزام الإيجابية في نطاق العمل ، أي تعطيه صفة القواعد القانونية الوضعية .

من أجل ذلك تقسم هذا الباب الى فصلين :

الفصل الأول - في صياغة القاعدة القانونية .

الفصل الثاني - في اعطاء القاعدة القانونية القوة الملزمة في العمل .



## الفصل الاول

### صياغة القاعدة القانونية (١)

#### ١٠٠ - دور الصياغة وأهميته في تكوين القاعدة القانونية

قلنا ان القاعدة القانونية تتكون أولا كجوهر أو مادة أولية مما يليه المثل الأعلى للعدل في شأن ما يفصح عنه واقع الحياة الاجتماعية من حاجات مختلفة . فكان الجوهر اذن يحدد الغاية الواجب ادراكها في شأن هذه الحاجات . وهذه الغاية لا بد لها - كي تتحقق - من وسائل وأدوات معينة . هذه الوسائل والأدوات هي أساليب الصناعة أو الصياغة التي تخلق من الجوهر الأولى قاعدة عملية تصلح للتطبيق في نطاق الحياة الاجتماعية . ومثلها في صناعة القاعدة القانونية وصياغتها كما يفصح عنها جوهرها ، كمثل آلات المصانع وعددها التي تمتد الى مادة أولية كالقطن مثلاً لتحويله الى ما هو مهياً له من نسيج يصلح للاستهلاك الانساني . فصناعة القاعدة القانونية وصياغتها اذن عملية ضرورية لترجمة جوهرها الأولى النظري وتحويله الى قواعد عملية صالحة للتطبيق الفعلي في المجتمع الذي توجد لتنظيمه ، عن طريق استعمال وسائل وأدوات معينة كفيلة بهذا التحويل . وبذلك يمكن تعريف الصناعة أو الصياغة القانونية

---

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Gény, op. cit., t. III. — Dabin, La technique de l'élaboration du droit positif spécialement du droit privé, 1935; Théorie générale du droit, Nos. 166-198. — Perrot, De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., Nos. 166-190. — Marty et Raynaud, op. cit., Nos. 59-63. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 318-342. — Du Pasquier, op. cit., Nos. 173-191.



(La technique juridique) ، بأنها مجموع الأدوات التي تخرج القاعدة القانونية الى الوجود العملي اخراجا يحقق الغاية التي يفصح عنها جوهرها ؛ أو بأنها هي عملية الاخراج الفعلي للقاعدة القانونية بما يحقق الهدف من فرضها .

والصناعة أو الصياغة القانونية على هذا النحو عنصر هام من عناصر تكوين القاعدة القانونية ، فهي التي تعطى لها الشكل العملي ، أي الشكل الذي تصلح للتطبيق به في نطاق العمل . ومن هنا يتوقف على الدقة في الصياغة القانونية وتخير أدواتها ، جالب كبير من نجاح القاعدة القانونية وتوفيقها . فلن تؤدي مثل هذه الصياغة الغرض منها الا اذا اختيرت أدواتها اختيارا يضمن — على أفضل وجه وأحسنه — التحقيق العملي للجوهر الأولي للقاعدة القانونية . ذلك أن الصياغة لا يعتمد اليها الا للتعبير تعبيرا فنيا عمليا عن هذا الجوهر ، فهي اذن مسخرة في خدمته وبما يحقق غايته . فالارادة ليست مطلقة الحرية ولا السلطان اذن في صياغة القاعدة القانونية ، وانما هي تلتزم بشأنها حدود الغاية من فرضها ؛ فلا تتخير من السبل الا اقربها ، ولا من الأدوات الا افضلها وأوفقها لتحقيق هذه الغاية وإدراكها . وبقدر التوفيق في اختيار الأداة وموافقتها للغاية المرسومة ، يتاح للقاعدة القانونية التعبير الفني المناسب أي المحقق لأهدافها . ومثل الصياغة في ذلك مثل اللغة ، تكون بلاغتها بقدر التوفيق في تخير أفضل تعبير يلائم المعنى المراد ويفصح عنه . فالهيمنة كما تكون في اللغة اذن للمعنى على اللفظ ، تكون في القاعدة القانونية للجوهر على الصياغة أي للموضوع على الشكل . فالجوهر أو الموضوع هو الغاية ، والصياغة أو الشكل هي الوسيلة ، والوسيلة هي التي تتبع الغاية لا العكس .

والصناعة أو الصياغة القانونية ليست نوعا واحدا ، بل هي تتنوع بحسب الرغبة في قبض أو بسط الحرية للقاضي في التقدير . وهي لاتتوصل



الى القيام بوظيفتها الا عن طريق استخدام أدوات وطرق معينة تلائم  
الغايات المراد ادراكها من وراء فرض القاعدة القانونية . فكأن الأمر  
يحتاج اذن - في بيان دور الصياغة في تكوين القاعدة القانونية - الى  
الكلام في أنواعها وطرقها على السواء .

وعلى ذلك تقسم الكلام في هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الأول - في أنواع الصياغة القانونية .

المبحث الثاني - في طرق الصياغة القانونية .

## المبحث الأول

### أنواع الصياغة القانونية

#### ١٠١ - تمهيد

قلنا ان القاعدة القانونية لابد من أن تصاغ صياغة فنية دقيقة، بمعنى  
أنه لابد من اعطاء الشكل الذي يجعلها صالحة للتطبيق العملي بما يحقق  
الغاية من فرضها . فليس يفصح جوهر القاعدة القانونية الا عن اتجاهات  
عامة تبلغ من العموم درجة تحوطها بالغموض والابهام ، فتحتاج الى  
ضبط وتحديد يقربها من الواقع العملي في الحياة .

غير أن الصياغة - وهي تعمد الى تحديد مضمون القاعدة القانونية  
تحديدا عمليا - تتراوح بهذا التحديد تراوفا كبيرا بين الاحكام الصارم  
وبين الاسلاس المرن . فهي قد تحدد هذا المضمون تحديدا جامدا محكما  
يربط القاضى ويقيده تقييدا صارما، وهي قد تترخص في تحديد هذا المضمون  
ترخصا يترك للقاضى حرية واسعة وسلطانا كبيرا في التقدير والتطبيق .

فالصياغة القانونية اذن نوعان : صياغة جامدة ( rigide ) ،  
وصياغة مرنة ( souple ) ؛ فنعرض على التوالى لكل من هذين النوعين :



## ١٠٢ - الصياغة الجامدة

١) تواجه الصياغة الجامدة فرضا معيناً تعطيه حلاً ثابتاً لا يتغير بتغير الظروف والملايسات الخاصة بكل حالة فردية تندرج تحت الفرض . فمثل هذه الصياغة اذن تحقق ثبات القاعدة القانونية سواء بالنسبة الى الوقائع الخاضعة لها أو بالنسبة الى الحل المطبق عليها . ومن هنا يكون عمل القاضي - الذى يدعى الى تطبيق قاعدة قانونية ذات صياغة جامدة - عملاً شبه آلى ، اذ تقيده هذه الصياغة بتحديداتها الصارم المحكم تقييداً لا يستطيع معه الا أن يتثبت من حصول الوقائع التى تندرج تحت ما تتضمنه القاعدة القانونية من فرض معين . وحينئذ لا يملك الا أن يعطيها الحل الثابت الذى تتضمنه هذه القاعدة .

فالقاعدة التى تنص على أن كل من قتل نفساً عمداً مع سبق الاصرار على ذلك أو الترصد يعاقب بالاعدام ( م ٢٣٠ عقوبات ) ، مثل من أمثلة الصياغة القانونية الجامدة ، فمحل تطبيقها ثابت محدد هو حدوث قتل عمد مع سبق الاصرار أو الترصد ، والعقوبة المقررة لهذه الجريمة محددة ثابتة كذلك لاتراوح فيها باختلاف الظروف الخاصة بكل جريمة قتل ، فهى كالاعدام دائماً . ولا يملك القاضي أمام مثل هذه القاعدة الجامدة الا الحكم بالاعدام اذا ثبت من توافر أركان جريمة القتل العمد مع سبق الاصرار أو الترصد . وكذلك القواعد التى تحدد مواعيد للطعن فى الأحكام بطريق المعارضة ( م ٣٨٨ مرافعات ) أو الاستئناف ( م ٤٠٢ مرافعات ) أو النقض ( م ٢٤٨ مرافعات ) أو التماس إعادة النظر ( م ٤١٨ مرافعات ) قواعد صيغت صياغة جامدة مقيدة للقاضى ، اذ بفوات الميعاد المحدد لا يملك القاضي الا الحكم بعدم قبول الطعن المرفوع بعد الميعاد .

وكذلك تبدو الصياغة القانونية الجامدة فى القاعدة التى تقضى بأنه



ليس للصغير غير المميز — وهو من لم يبلغ السابعة — حق التصرف في ماله وتكون تصرفاته باطلة ( م ١١٠ مدني ) ؛ وفي القاعدة التي تقضى بأن كل شخص جاوز الحادية والعشرين سنة ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ( م ٤٤ مدني ) .

وغير ذلك من الأمثلة كثير ، اذ القانون مليء بالقواعد ذات الصياغة الجامدة .

### ١٠٣ — الصياغة المرنة (١)

لا تعطى هذه الصياغة المرنة للقاعدة القانونية صفة ثابتة محددة، وانما تعطى نوعا من المرونة والاستجابة لظروف العمل المختلفة تتسع به — عند التطبيق — لادخال الملابس الخاصة بكل حالة فردية في الاعتبار . فهي اذن لا تضع للقاعدة القانونية حلا ثابتا واحدا لا يتغير بتغير الحالات التي تندرج تحت الفرض الذي تواجهه، وانما تقنع باعطاء القاضي معيارا متوسطا للسلوك يستهدى به فيما يعرض عليه من أقضية ، فيقوم بموافقته على خصوصيات كل حالة أو قضية تعرض أمامه ، مما يمكنه من تنويع الحلول والتفاوت بها بتفاوت الحالات وتفاوت ظروفها وملابساتها . وبذلك تبسط الصياغة المرنة للقاضي في حرية التطبيق ، فتمنحه — بما ترسم من موجه عام — سلطة تقديرية واسعة .

---

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

AL-SANHOURY, les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise, contribution à l'étude comparative de la règle de droit et du standard juridique, Thèse Lyon, 1925, pp. 27-74; Le standard juridique, Recueil GénY, t. II, pp. 114-156. — HAURIOU, Police juridique et fond du droit, Revue trimestrielle de droit civil, 1926, pp. 265-312. — Maury, Observations sur les modes d'expression du droit, règles et directives, Recueil Lambert, t. I, pp. 421-433. — STATI, Le standard juridique, Thèse, Paris, 1927.



① ومن أمثلة الصياغة المرنة القاعدة التي تخول للجار الرجوع على جاره بطلب إزالة ما يسببه له الجوار من مضار تتجاوز الحد المألوف أو التعويض عنها . فمثل هذه الصياغة لا تقيد القاضى بقاعدة جامدة ثابتة في شأن أضرار الجوار ، بل تترك له حرية واسعة في تقدير هذه الأضرار مستهديا بما ترسمه له من موجه عام ومعيار مرن هو معيار المضار المألوفة في الجوار . فيستطيع بذلك مطابقة مثل هذا المعيار المرن على خصوصيات كل حالة فردية من حالات النزاع الناشئ عن الجوار ، معتدا في ذلك بالظروف والملابسات الخاصة كطبيعة العقارات وموقعها والغرض المخصصة له . وقد مكنت مرونة هذا المعيار القضاء من مواجهة ما استتبعه التقدم الصناعى في العصر الحديث من أنواع جديدة من المضار غير المألوفة للجوار، واعطائها ما يناسبها من حلول .

② وكذلك تعتبر من أمثلة الصياغة المرنة القاعدة التي تجيز للواهب الالتجاء الى القضاء طالبا الترخيص له في الرجوع في الهبة ، متى كان يستند الى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع . فمعيار العذر المقبول الذى ترسمه هذه القاعدة معيار مرن كل المرونة ، يبيح للقاضى الكشف عما يعتبر عذرا مقبولا بالنسبة لكل حالة على حدها أخذا بالظروف والملابسات الخاصة المحيطة بها .

③ وكذلك فمعيار الباعث المشروع ومعيار المدة المعقولة الذى يقاس بهما صحة ما قد تتضمنه العقود أو الوصايا من شروط منع التصرف فى الأموال، مثل من أمثلة الصياغة المرنة ، التى تمكن القاضى من قدر صحة مثل هذه الشروط حسب ظروف كل حالة وملابساتها .

#### ١٠٤ - مقارنة بين الصياغة الجامدة والصياغة المرنة

الواقع أن الصياغة الجامدة للقاعدة القانونية لا تحقق الا فكرة العدل المجرد ، لأنها لا تواجه الا فرضا مجردا ، فلا تملك بالتبعية الا اعطاءه حلا



مجردا • فمثل هذه الصياغة لا تدخل في اعتبارها ما يميز كل حالة فردية من خصوصيات ، وانما تجمع الحالات الفردية التي تندرج تحت فرض معين في نموذج واحد مجرد رغم اختلاف هذه الحالات في الظروف والملابسات ، وتعطى هذا النموذج حلا واحدا يصدق على كل ما يندرج تحته من حالات فردية مختلفة •

فالقاعدة التي تعاقب بالاعدام على القتل العمد مع سبق الاصرار أو الترصد لا تحقق الا عدلا مجردا ينظر الى القتل العمد في ذاته فيضع له عقوبة واحدة هي الاعدام دون اعتداد بالظروف والملابسات الخاصة التي تحيط بكل جريمة قتل عمد • والقاعدة التي تحدد أهلية مباشرة الحقوق المدنية ببلوغ الشخص سن الحادية والعشرين ، انما تحقق عدلا مجردا ، لأنها تحدد نفس السن لكل الأفراد دون اعتداد باختلافهم وتفاوتهم الواقعي في درجة النضج والقدرة على مباشرة هذه الحقوق ، فمنهم من يتقدم به الرشد الحقيقي عن السن المقررة ، ومنهم من يتأخر به هذا الرشد عن تلك السن • ولئن تكن للصياغة الجامدة من ميزة، فهو أن مثل هذا العدل المجرد الذي تستهدفه ، يحقق الثبات والاستقرار في المعاملات ، كما يكفل اقرار الأمن في المجتمع •

أما الصياغة المرنة فتستهدف تحقيق العدل الفعلي أو الواقعي ، دون أن تقنع بتحقيق العدل المجرد ؛ فانها — بما تضع من موجه عام أو معيار مرن — تمكن القاضي من تكييف هذا الموجه أو مطابقة ذلك المعيار على خصوصيات كل حالة توصلها الى اعطائها الحل المناسب لها • أي أن الصياغة المرنة لا تحقق العدل بالنسبة الى نموذج مجرد كما تفعل الصياغة الجامدة، وانما تحققه بالنسبة الى حالات واقعية مختلفة • ومن هنا كان العدل الذي تحققه الصياغة الجامدة عدلا متوحدا لا يختلف باختلاف الحالات الفردية المندرجة تحت النموذج المجرد ، وكان العدل الذي تحققه الصياغة المرنة عدلا متفاوتا



بتفاوت الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة . وبذلك يمكن القول بأن الصياغة الجامدة انما هي وسيلة لتحقيق العدل ( Justice ) ، بينما الصياغة المرنة هي احدى وسائل تحقيق العدالة ( équité )

فالصياغة المرنة في كثير من قواعد العقوبات تمكن القاضى من تحقيق العدالة . اذ عدم تحديد العقوبة مثلا بقدر ثابت ، وحصرها بين حدين : حد أقصى وحد أدنى ، يمكن القاضى من التراوح بالعقوبة بين هذين الحدين حسب ما تمليه ظروف كل حالة . واجازة تخفيض العقوبة اذا وجدت ظروف أو أعذار مخففة ، تمكن القاضى من النزول بالعقوبة ، والتدرج في هذا النزول حسب ما تمليه ظروف كل حالة من ضرورة استعمال الرأفة .

وكذلك فالصياغة المرنة تمكن القاضى من تحقيق العدالة في شأن أضرار الجوار ، اذ يستطيع مطابقة معيار « الأضرار المألوفة » على ما يعرض أمامه من حالات ، وتحديد الأضرار التى تجاوز المألوف في كل حالة تبعا للظروف الخاصة بها ، والحكم في كل حالة بما يناسبها من الأمر بإزالة الضرر المجاوز للمألوف أو التعويض عن ضرورة تحمله بمبلغ من المال ان تعذرت الازالة .

وكذلك تمكن الصياغة المرنة القاضى من تقدير ما يحيط بكل واهب يطلب الرجوع في الهبة من ظروف خاصة تبرر هذا الرجوع فتعتبر من قبيل « العذر المقبول » . وتمكن القاضى كذلك من تصحيح أو ابطال شروط منع التصرف في المال، بأن يقرر في كل حالة على حداثها وتبعا للظروف والملابسات المحيطة بها ما اذا كان الباعث الذى أملى شرط منع التصرف مشروعا أو غير مشروع ، وما اذا كانت المدة المشترط منع التصرف فيها معقولة أم غير معقولة . وتمكن القاضى كذلك — بما تعطيه من سلطة تعديل العقود اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم تكن متوقعة وقت التعاقد بحيث تهدد المدين



بخسارة فادحة — من تحقيق العدالة عن طريق النظر الى ظروف كل حالة والموازنة بين مصلحة طرفي التعاقد فيها ، توصلا الى انقاص الالتزام المرهق ورده الى القدر المعقول المناسب •

وفي كل هذه الحالات حيث تمكن الصياغة المرنة من تحقيق العدل الواقعي أو العدالة دون الوقوف عند تحقيق العدل المجرد ، تكون للقاعدة القانونية المرنة اذن قدرة على مسايرة التطور الاجتماعي ومواجهة ما يطرأ من وقائع وحالات جديدة ، بخلاف القاعدة القانونية الجامدة التي تكتفى بتحقيق العدل المجرد ، فتجمد عن متابعة التطور الاجتماعي قانعة بتحقيق الثبات والاستقرار •

وقد يأخذ على الصياغة المرنة بعض خصومها ، أنها — بما تترك للمقاضى من سلطة واسعة في التقدير — لاتلبث أن تقوده الى التحكم ، مما يتعذر معه اشاعة ما يجب من أمن واستقرار في المعاملات • غير أن هذا الخوف من تحكم القضاء ليس ثم ما يبرره • فالقضاء قد أثبت دائما — وهو الأمين على تطبيق القانون — أنه يزن أحكامه بميزان دقيق يعلو على كل مظنة أو تحكم • فضلا عن أن وجود محكمة النقض — وهى الرقابة على صحة تطبيق القانون — كفيل بتوحيد اتجاه المحاكم توحيدا يقوم على القصد والاعتدال في استعمال ما تمنحها الصياغة المرنة من سلطة تقديرية واسعة •

وأيا كان الرأي في المفاضلة بين الصياغتين : الجامدة والمرنة ، فالثابت أن القانون محتاج اليهما معا حاجة المجتمع الى الاستقرار والتطور على السواء • فكل من الصياغتين يحقق احدى هاتين الغايتين على حساب الغاية الأخرى • فالصياغة الجامدة — ان كانت تحقق الاستقرار — الا أنها تضطر الى تحقيقه على حساب التطور ، فتجمد بالقاعدة القانونية عن مواجهة ما يجد من حالات ، وتقنع بتحقيق عدل مجرد يواجه أوضاعا مجردة دون اعتبار للظروف أو اعتداد بالملايسات الخاصة • والصياغة المرنة — ان كانت تؤهل



القاعدة القانونية للتكيف وفق الظروف الخاصة ومسايرة التطور الاجتماعى  
— الا أن ذلك انما يتم على حساب الاخلال بالاستقرار والأمن فى  
المعاملات .

فالحاجة اذن مزدوجة الى الصياغة الجامدة والصياغة المرنة على  
السواء . وان يكن مجال الصياغة الجامدة مازال — على الأخص فى الدول  
التى يغلب التشريع فيها — أفسح وأرحب من مجال الصياغة المرنة . اذ  
مازالت اعتبارات الاستقرار فى المجتمع غالبية على اعتبارات التطور به .  
ومن هنا ما زالت **القاعدة الجامدة** ( *règle rigide* ) هى نموذج القواعد  
القانونية فى هذه الدول حيث تمثل عوامل الاستقرار والنظام فيها . أما  
**القاعدة المرنة أو المعيارية** ( *Standard* ) فمجرد استثناء يلجأ اليه فى الحالات  
التى يستعصى الأمر فيها على التحديد الثابت الجامد ازاء ما هى عليه من  
تطور مستمر وتفاوت واضح فى الظروف والملابسات الخاصة .

**وفى القانون المصرى** ، ما زالت الغلبة للقواعد الجامدة على القواعد  
المرنة أو المعيارية . وان يكن التقنين المدنى الجديد قد أفسح المجال لبعض  
قواعد معيارية يستهدى بها القاضى فى التفاوت بالحلول حسب التفاوت فى  
الظروف والملابسات المحيطة بالقضايا المرفوعة أمامه . فمن ذلك معيار  
« الغلط الجوهري » ( م ١٢٠ ) ، ومعيار « التدليس الجسيم » ( م ١٢٥ ) ،  
ومعيار « الرهبة القائمة على أساس » ( م ١٢٧ ) ، فى الوقوف على ما يشوب  
الارادة من عيب يجيز ابطال العقد .

وكذلك معيار « اختلال التوازن بين التزامات المتعاقدين » ، ومعيار « استغلال  
الطيش البين أو الهوى الجامح » فى اجازة العقد أو انقاص التزامات من  
وقع عليه الاستغلال ( م ١٢٩ ) . وكذلك معيار « الظروف الاستثنائية  
العامة غير المتوقعة » ومعيار « التنفيذ المرهق » فى رد الالتزام المرهق الى  
الحد المعقول ( م ١٤٧ / ٢ ) . وكذلك معيار « عناية الشخص العادى » فى



وفاء الالتزام بعمل اذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بإدارته أو توخى الحيلة في تنفيذ التزامه (م ٢١١) . وكذلك ما سبقت الإشارة اليه من معيار « العذر المقبول » في اجازة الرجوع في الهبة (م ٢/٥٠٠) ، ومعيار « الباعث المشروع » و « المدة المعقولة » في تعرف صحة الشرط الوارد في العقد أو الوصية بمنع التصرف في مال من الأموال (م ٨٢٣) ؛ ومعيار « المضار المألوفة في الجوار » في شأن الحد من غلو المالك في استعمال حقه والتوصل بذلك الى الاضرار بجيرانه (م ٢/٨٠٧) .

## المبحث الثاني

### طرق الصياغة القانونية

#### ١٠٥ - تمهيد

قلنا ان الصناعة أو الصياغة القانونية هي مجموع الأدوات أو الطرق التي تخرج القاعدة القانونية الى الوجود العملي اخراجا يحقق الغاية التي يفصح عنها جوهرها . ونريد الآن أن نأخذ في بيان هذه الأدوات والطرق التي تقوم بالاخراج العملي للقاعدة القانونية ؛ وهي كما يقسمها الفقه ، طرق مادية وطرق معنوية . فنعرض لكل منها في مطلب على حدة .

## المطلب الأول

### الطرق المادية

#### Procédés matériels

.....

#### ١٠٦ - تعريف

يقصد بالطرق المادية للصياغة القانونية تلك الأدوات التي تعبر عن



جوهر القاعدة القانونية تعبيراً مادياً مجسماً في مظهر خارجي • وسوف نجتزئ — في بيان هذه الطرق المادية — بالإشارة إلى طريقتين اثنتين منها هي : أولاً ، ترجمة جوهر القاعدة القانونية برقم معين محدد ، وهو ما يعرف بإحلال الكم محل الكيف ؛ وثانياً ، اشتراط أشكال محددة لترتيب آثار قانونية معينة •

### ١٠٧ — إحلال الكم محل الكيف (١)

يقصد بهذه الطريقة المادية من طرق الصياغة القانونية وهي « إحلال الكم محل الكيف » ( Substitution du quantitatif au qualitatif ) ، إعطاء القاعدة القانونية تحديداً محكماً بالتعبير عن مضمونها برقم معين ، مما يجعل تطبيقها آلياً ، لا يفسح المجال عادة لتحكم من جانب القاضي •

فالمعنى الذي يتضمنه جوهر القاعدة القانونية كيفاً معنوياً يصاغ اذن صياغة كمية أو رقمية ، تحدده في العمل تحديداً ثابتاً لا تأويل فيه ولا إبهام ، مما يمنع الخلاف بشأنه ويسر أمر فهمه وتطبيقه على السواء •

ولعل أكبر مثل على هذا النوع المادي من الصياغة القانونية هو تحديد أهلية مباشرة الحقوق المدنية بسن معينة • ذلك أن جوهر القاعدة القانونية في هذا الشأن ، هو اناطة الأهلية بتمام التمييز ورجحان العقل ، وهو ما لا يصلح بذاته للتطبيق العملي الحاسم • فالوقوف على التمييز والعقل لتحديد الأهلية ، لا يأتي — والأفراد متفاوتون في ذلك أشد التفاوت — إلا بترك الأمر إلى القاضي ، يتفحص كل فرد من الأفراد على حدة ليعين له أهليته تبعاً لدرجة نضوجه العقلي • وليس يحتاج الأمر إلى بيان ما قد يجره ذلك من تحكم القضاء ، فضلاً عن أنه يخلق مصدراً للمنازعات لا ينضب ،

(١) راجع في ذلك :

Gény, op. cit., t. III, No. 197. — Dabin, La technique de l'élaboration du droit positif, pp. 122 et s.



مما يضيع كثيرا من الوقت والجهد والمال • من أجل ذلك كان من الحتم ترجمة تمام التمييز أو رجحان العقل — وهو معنى كفى — ترجمة عملية يسيرة الفهم والتطبيق • وهل ثم ترجمة عملية لهذا المعنى خير من تحديده بسن معينة هي السن التي يتم عندها رشد الفرد العادى ؟ • وهذا هو ما اتبعه المشرع المصرى حين نص فى التقنين المدنى على أن « سن الرشد هي احدى وعشرون سنة ميلادية كاملة » ( م ٢/٤٤ ) •

ومن قبيل ذلك أيضا تحديد أهلية مباشرة الحقوق السياسية • فتحدد أهلية الانتخاب مثلا بسن معينة قد تزيد أو تنقص عن سن الرشد المدنى • وتحديد أهلية الترشيح لعضوية المجالس النيابية بسن معينة ( ٣٠ سنة لمجلس الأمة ) أو بتوافر نصاب مالى معين فى المرشح كحد أدنى لدخله أو للضريبة التى يدفعها سنويا •

وكذلك فمن أمثلة احلال الكم محل الكيف تحديد أنصبة الورثة بنسب معينة ، تراعى فى قدرها قوة أو درجة القرابة الى المتوفى • وتحديد مدى حق الايصاء بنسبة معينة من التركة هي الثلث مثلا كما هي الحال فى القانون المصرى • وتحديد الغبن فى بيع عقار ذى الأهلية بما يزيد على خمس ثمن المثل ( م ٤٢٥ مدنى ) • وتحديد الربا الفاحش يزيد على سبعة فى المائة ( م ٢٢٧ مدنى ) • وتحديد التقادم المسقط للالتزام باقضاء خمس عشرة سنة كقاعدة عامة ( م ٣٧٤ مدنى ) ، وتحديد التقادم المكسب للملكية شىء أو حق عينى باستمرار حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة كذلك ( م ٩٦٨ مدنى ) • وتحديد العقوبات على الجرائم اما بتقييد الحرية مدة معينة واما بدفع مبلغ من المال كغرامة ، سواء كانت مدة تقييد الحرية أو قيمة الغرامة ثابتة أو متراوحة بين حدين : حد أقصى وحد أدنى •

وقد يكون كذلك من قبيل احلال الكم محل الكيف رد جوهر القاعدة



القانونية الى عدد محدود من الحالات ، أى صياغتها صياغة تحصره وتعدده بما لا يدع مجالا لمجاوزة الحصر والتعديد . ومن أمثلة ذلك نص المادة ٥٠٢ من التقنين المدنى الذى يوجب رفض طلب الرجوع فى الهبة اذا وجد مانع من موانع ثمانية أوردها على سبيل الحصر . ونص المادة ٩٣٦ من نفس التقنين الذى يثبت الحق فى الشفعة لأشخاص يعدهم عدا بما يتوافر فيهم من صفات معينة . ونص المادة ٩٣٩ الذى لا يجوز الأخذ بالشفعة فى حالات يوردها على سبيل الحصر .

#### ١٠٨ - الشكليات (١)

يقصد بذلك المظاهر الخارجية التى يفرض على الأفراد اتباعها فى تصرفاتهم لا مكان ترتيب آثار قانونية معينة . وبذلك ينضاف الى العنصر الداخلى عنصر خارجى يؤكد وجوده ويضمن مفعوله فى نطاق القانون . ويقصد باشتراط هذه الأشكال وتلك المظاهر الخارجية ، اما التنبيه الى خطورة بعض التصرفات ، واما تيسير اثباتها من بعد ، واما امكان الاحتجاج بها على الغير .

أما الشكل الذى يقصد منه التنبيه الى خطورة بعض التصرفات ، فهو عادة الرسمية أى اثبات التصرفات بكتابة رسمية تتم على يد موظف رسمى طبقا للأوضاع القانونية وفى حدود سلطته واختصاصه . ولئن كانت القاعدة العامة فى القانون الحديث اليوم هى مبدأ الرضائية ، أى الاكتفاء بحصول التراضى بين المتعاقدين لانعقاد العقد والالزام به — خلافا لما كان قائما فى القانون الرومانى من قبل — الا أن من التصرفات ذات الخطر والاثـر الضخم ما يقتضى التنبيه اليها والتسـعير على من يريد ابرامها — باشتراط حصول هذا الابرام أمام موظف رسمى مختص — ليتدبر أمرها ويبصر

(١) راجع فى ذلك :

Gény, op. cit., t. III, Nos. 202-206. — De La Gressaye et Laborde - La-  
coste, op. cit., Nos. 172-175. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 61.



بمخاطرها ، فلا يقدم عليها الا عن روية وبصيرة .

ومن قبيل ذلك ما تشترطه المادة ٤٨٨ من التقنين المدني من أن تكون هبة العقار بورقة رسمية والا وقعت باطلة . وما تشترطه المادة ١٠٣١ من رسمية الرهن التأميني أو الرسمي ، وهو - كما تعرفه المادة ١٠٣٠ - العقد الذي به « يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقا عينيا ، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أى يد يكون » . وتنبغى الإشارة الى أن الرسمية هنا شرط لانعقاد التصرف لا شرط لاثباته ، فان لم تتم هبة العقار بورقة رسمية فهي باطلة ، وان تم الرهن الرسمي بورقة عرفية فهو باطل منعدم لا ترتب عليه آثاره القانونية .

ومن قبيل الأشكال التى يقصد منها التنبيه الى خطورة التصرف - غير الشكل الرسمي - اشتراط الحصول على اذن معين لمباشرة بعض التصرفات ، كبعض التصرفات المحددة التى لا يجوز للوصى مباشرتها الا باذن من المحكمة حماية لأموال القاصر .

وأما الشكل الذى يقصد منه تيسير اثبات التصرفات منعا لكثرة المناقضات بشأنها ، فهو عادة الكتابة . ومن ذلك ما تنص عليه المادة ٤٠٠ من التقنين المدني من أن يكون الاثبات عن طريق الكتابة وحدها في غير المواد التجارية اذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على عشرة جنيها ، وأما ما يقل عن ذلك فيصح اثباته بالبينة . فالمقصود هنا هو التفرقة بين التصرفات التافهة القيمة ، وبين التصرفات التى تكون على جانب من القيمة المالية ، ولا حرج من الترخيص فى اثبات الأولى ولو عن طريق البينة ، أما الثانية فالمصلحة تقضى باشتراط الكتابة بشأنها . فان لم تتم كتابتها فليس يمنع ذلك من انعقادها صحيحة ، وان قام عدم الكتابة عقبة فى سبيل اثباتها . فالكتابة اذن شرط لاثبات هذه التصرفات لا شرط لانعقادها .



لـ وأما الشكل الذي يقصد منه امكان الاحتجاج ببعض التصرفات في مواجهة الغير، فمن أمثلته ما تنص عليه المادة ١٠٥٦ من التقنين المدني من أنه « تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا اعتباريا ، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير الا بعد استيفاء اجراءات النشر التي يقررها القانون » . وما تنص عليه المادة ١٠٥٣ من التقنين المدني من أنه لا يكون الرهن الرسمي نافذا في حق الغير الا اذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار . وكذلك ما تنص عليه المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري من أن التصرفات الكاشفة لحق من الحقوق العينية الأصلية العقارية لا تكون حجة على الغير الا بالتسجيل . ففى هذه الحالات يقوم الشكل حماية واعلانا للغير ، بحيث يكون له — عند تخلفه — تجاهل التصرف رغم توافر عناصر تكوينه أو انعقاده القانونى .

وينبغى أن يراعى أن الأشكال المستخدمة في الصياغة القانونية — على اختلاف أنواعها — قد أصبحت اليوم ضرورية للحد من مضار وأخطار ما يسميه البعض « روحية » ( spiritualisme ) القانون الحديث « ١ » في الاكتفاء بمجرد الإرادة والنية لترتيب الآثار القانونية ، اذ قد يكون من شأن هذا الاكتفاء اغفال صالح قانونى واجب الرعاية ، مما يحتم فرض تعبير أو مظهر خارجى يوفر له الحماية .

ولكن لا يجب أن يطفى الشكل على الموضوع أو الجوهر . فحيث يكون المبدأ — كما هى الحال فى القانون الحديث — هو مبدأ عدم الشكلية ، فان الشكلية يجب أن تكون محصورة فى حدود وبقدر الضرورات التى تحتها « ٢ » .

( ) Gény, op. cit., t. III, No. 206, p. 117.

(٠) Gény, op. cit., t. III, No. 206, pp. 117, 118.



## المطلب الثاني

### الطرق المعنوية

#### Procédés Intellectuels

#### ١٠٩ - تعريف

يقصد بالطرق المعنوية للصياغة القانونية الدلالة على ما قد يلجأ اليه من عمل ذهني بحث في سبيل اخراج القاعدة القانونية اخراجا عمليا يحقق الغاية التي يفصح عنها جوهرها . فهذه الطرق المعنوية اذن ليست

الا طرقا منطقية محضا من صنع الذهن .

وسوف نجتزئ في بيان هذه الطرق بالإشارة الى اثنتين هامتين منها هي : القرائن القانونية ، والافتراض أو الحيل القانونية .

#### ١١٠ - القرائن القانونية (١)

يقصد بالقرائن القانونية ( présomptions légales ou de droit ) أخذ أمر مشكوك فيه - ولكنه محتمل تبعا للغالب والمألوف في العمل - على أنه أمر مؤكد ، أي تحويل الشك في شأنه الى يقين ، واخراج القاعدة القانونية

#### (١) راجع في ذلك :

Gény, op. cit., t. III, Nos. 230-239, pp. 264-360. — Dabin, op. cit., pp. 235-274. — Barraine, Théorie générale des présomptions en droit privé, thèse, Paris, 1942. — Decottignies, Les présomptions en droit privé, 1950. — Dalloz, Répertoire de droit civil, t. IV, 1954, pp. 56-59. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 61, 215, 245. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 336, 733, 737.

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الثاني ، الاثبات - آثار الالتزام ، فقرات ٣٢١ - ٣٤٠ - عبد المنعم فرج الصدة ، الاثبات في المواد المدنية ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٤ ، فقرات ٢٢٤ - ٢٣٢ . - عبد الباسط جمعي ، نظام الاثبات في القانون المصري ، ١٩٥٣ ، ص ١٩٦ وما بعدها .



على هذا الأساس . ذلك أن ما تحكمه القواعد القانونية من أوضاع قد يحوطه شك أو غموض يستعصى على الجلاء ؛ ولما كان التحقيق العملي للقانون ولفكرة العدل التي يستهدفها يتطلب دقة واحكاما واستقرارا معيناً، فإن هذا قد يدفع القانون دفعا الى تحويل الشك الى يقين عن طريق اقامة قرينة قانونية . فالقرينة القانونية اذن عملية ذهنية تتلخص في تبديد الشك والاختلاط الذي يحيط ببعض المراكز والتصويرات القانونية بتأكيد حاسم يبنى على المعنى الأكثر موافقة للراجع والمألوف في العمل «<sup>١</sup>» .

والأصل هو استخدام القرائن القانونية في مجال الاثبات ، وان كان ذلك لا يمنع من استخدامها في فرض قواعد موضوعية خالصة كذلك .

#### (١) القرائن القانونية في مجال الاثبات :

المجال الأصلي للقرائن القانونية هو مجال الاثبات ، فحيث يتعلق الأمر باثبات مركز واقعي لتطبيق القانون عليه من بعد ، قد يكتفى القانون — لاعتبارات مختلفة — باقامة قرينة قانونية على وجوده يؤسسها على غلبة تحققه ورجحانه للعادي والمألوف في العمل .

وأكثر ما يعرض ذلك في شأن الأوضاع التي يستحيل أو يستعصى اثباتها بدليل مادي على وجه حاسم ، فحينئذ لا يجد القانون مناصا من حسم الشك في أمرها حسما باتا على الوجه الذي يوافق المألوف فيها في العمل . فالشك في أمر وضع من هذه الأوضاع ، يتحول اذن الى يقين عن طريق عمل ذهني يأخذ الغالب في العمل أمارة وقرينة تصدق على كل حالات هذا الوضع . وبذلك يتوصل القانون الى تحقيق الطمأنينة والأمن والاستقرار في المجتمع ، اذ لو ترك الأمر للاثبات المادي العادي المباشر — وهو متعذر في مثل هذه الأوضاع أو مستحيل — لكثرت المنازعات والادعاء بالباطل ، ولدخل التحكم أحكام القضاء .



ومن قبيل ذلك قرينة الزوجية على ثبوت نسب المولود من زوج السوادة ، اذ ما دام الحمل قد حصل وقت الزوجية فيعتبر الولد ابن الزوج ؛ فالولد اذن ثمرة الزوجية وتتاجها ، أو كما ورد في حديث الرسول عليه السلام « الولد للفراش » . وذلك أن اثبات نسب المولود للزوج أمر عسير أو مستحيل ، فلا يتصور التكليف به . ولكن لما كان الغالب في العمل وطبقا لالتزامات الزوجية هو أن تكون الزوجة مقصورة على زوجها ، فلا تتصل اتصالا جنسيا الا به ولا تلد بالتبعية الا منه ، فيعمم هذا الغالب ويعمل عدم التثبت من أبوة الزوج بدليل مادي مباشر محمل اليقين ، فيعتبر المولود لزوجته من حمل حدث وقت الزوجية «<sup>١</sup>» ابنا له .

ومن قبيل هذه القرائن كذلك ، قرينة اعتبار المفقود ميتا متى غلب على الظن هلاكه «<sup>٢</sup>» . فهذه القرينة القانونية مثل من أملت الصياغة القانونية الضرورية لمواجهة حالة استثنائية لا يمكن القطع فيها بدليل أو بينة على وفاة المفقود أو حياته ؛ اذ المصلحة تقضى — في الحالات التي يغلب فيها هلاكه — باعتباره ميتا ، لتصفية ما هو معلق من حقوقه . فما دام يغلب هلاك المفقود ، وما دام اثبات وفاته أمرا متعذرا أو مستحيلا ، فلا حرج من اتخاذ حكم ما يغلب من هلاكه ، أمانة على تحقيقه وقرينة على وفاته .

(١) يعنى القانون كذلك باقامة قرائن قانونية على اعتبار الحمل حادثا وقت الزوجية بتحديد حد أدنى وحد أقصى له من وقت انعقاد الزواج . فميلاد طفل للزوجة بعد ستة أشهر من وقت هذا الانعقاد وقبل فوات سنة منه ، قرينة على أنه حمل واقع حال قيام الزوجية ( انظر عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، ١٩٣٨ ، ص ١٨٦ و ١٨٧ . عمر عبد الله ، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية ، ١٩٥٦ ص ٤١٠ و ٤١١ ) .

(٢) تنص المادة ٢١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن « يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقدّه . وأما في جميع الأحوال الأخرى ، فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها الى القاضي ، وذلك كله بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة الى معرفة ان كان المفقود حيا أو ميتا . . »



وبذلك يحكم بوفاة المفقود — رغم تخلف الدليل المادى المباشر على الوفاة — أخذا بما هو غالب وراجح في أمره ، فتقسم تركته بين ورثته ، وتعتد زوجته عدة الوفاة بحيث يحل لها الزواج من غيره بانقضاء هذه العدة .

ومن هذه القرائن القانونية كذلك ، القرائن التى يقيمها المشرع فى شأن المسؤولية عن الغير أو عن الأشياء . فهو يتخذ من ارتكاب القاصر عملا غير مشروع قرينة على خطأ من يتولى رقابته بتقصيره فى أداء ما يقع عليه من واجب الرقابة ( م ١٧٣ مدنى ) . ويتخذ من الضرر الحادث من الحيوان أو من انهدام البناء أو من الآلات الميكانيكية أو الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة قرينة على خطأ من يتولى حراستها وتقصيره فى القيام بهذه الحراسة ( م ١٧٦ و ١٧٧ و ١٧٨ مدنى ) .

ومن قبيل هذه القرائن كذلك ، ما تقرره المادة ٥٨٧ من التقنين المدنى من أن « الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط » . وما تقرره المادة ٩١٦/٣ من نفس التقنين من أن التصرف الصادر من المورث فى مرض الموت قرينة على صدوره منه على سبيل التبرع . وفى كل هذه القرائن وأمثالها يقلل القانون من تقررت القرينة لمصلحته من عبء اثبات ما تقرره ، اذ هذا الاثبات متضمن فى ذات القرينة ؛ ولذلك تقرر المادة ٤٠٤ من التقنين المدنى أن « القرينة القانونية تغنى من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الاثبات . . . » . ولكن يبقى — بطبيعة الحال — واقعا على عاتق من تقررت القرينة لمصلحته أن يقيم الدليل على توافر الشروط التى يتطلبها القانون لقيامها . وبذلك ينتهى الأمر الى تبديل محل الاثبات ، فبدل أن يرد على محل أو موضوع القرينة ذاته ، يرد على واقعة أخرى يعتبر ثبوتها شرطا لأعمال القرينة .

وبذلك يكفى اثبات الزواج وولادة المولود للزوجة من حمل حادث وقت الزوجية، لاعتبار المولود ابنا للزوج دون حاجة الى اثبات هذا النسب .



ويكفي اثبات غيبة المفقود في ظروف يغلب فيها هلاكه للحكم بوفاته دون حاجة الى اقامة الدليل على هذه الوفاة . ويكفي اثبات خطأ القاصر ، لاعتبار متولى رقبته مقصرا في الرقابة دون حاجة الى اثبات تقصيره . ويكفي اثبات الضرر الحادث من الحيوان أو انهدام البناء أو الآلات الميكانيكية أو الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة ، لاعتبار الخطأ ثابتا في جانب الحارس دون حاجة الى اثباته . ويكفي اثبات الوفاء بقسط لاحق من الأجرة، لاعتبار الوفاء حاصلًا بالأقساط السابقة دون اثباته . ويكفي اثبات صدور التصرف من المورث في مرض الموت ، لاعتباره صادرا على سبيل التبرع دون حاجة الى اثبات نية التبرع عند المورث .

واذا كانت القرائن القانونية في مجال الاثبات تقام عادة لتفادي صعوبة الاثبات أو استحالاته بحيث تغني من تقررت لمصلحته من اثبات ما تقضى به ما دام يقيم الدليل على توافر ما يتطلبه القانون من شرائط لاعمالها ، فيكون من الطبيعي — والقرائن القانونية مبنية على الغالب والراجع في العمل ، بحيث لا تصل الى يقين مؤكد يرتفع بها عن كل مظنة أو خلاف — أن يترك الباب مفتوحا في الأصل أمام ما قد يتخلف أو يشذ من حالات عن حكم هذا الغالب ، بحيث يصبح من الجائز اقامة الدليل على هذا التخلف أو الشذوذ وتقض القرينة المقامة في شأنها بالتالي . ولذلك كان المبدأ أن القرائن القانونية قرائن بسيطة تقبل اثبات العكس . ولكن هذا لا يمنع من أن يقرر استثناء ولا اعتبارات خاصة الخروج على هذا المبدأ واعتبار بعض القرائن القانونية « قرائن قاطعة » لا يجوز اثبات عكس ما تقضى به « (١) » . وهذا ما تعنيه المادة ٤٠٤ من التقنين المدني بقولها ان « القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق

---

(١) وفي ذلك تقرر المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المدني « . . . أن المشاهد أن القرائن البسيطة بوجه عام أكثر عددا من القرائن القاطعة ، وازاء ذلك تكون بساطة القرينة هي القاعدة . على أن القواعد العامة في الاثبات تنهض لتوجيه هذا الأصل . ذلك أن الدليل الكتابي يجوز نقضه اما بطريق =



الاثبات . على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك » .

وإذا كانت القرائن القانونية في الأصل قرائن بسيطة تقبل اثبات العكس ، فالمبدأ أن مثل هذا الاثبات يخضع للقواعد العامة « ١ » ، إلا أن يستلزم المشرع طريقاً معيناً خاصاً لنقض القرينة واثبات عكس ما تقضي به فلا يجوز سلوك طريق غيره لنقضها . ومن قبيل ذلك ، الطريق الخاص المقرر في الشريعة الإسلامية لنقض قرينة « الولد للفراش » وهو طريق اللعان « ٢ » ، وطريق الطعن بالتزوير لدحض قرينة حجية الورقة الرسمية بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن في حضوره ( م ٣٩١ مدني ) .

== الطعن بالتزوير وأما باقامة الدليل العكسي . والقرينة القانونية ليست إلا حجة يقيمها الشارع ؛ فإذا لم يقم الدليل بوجه عام على صحة هذه الحجة ، فهي لاتعدو أن تكون احتمالاً يصح فيه الخطأ في بعض الأحوال . ولذلك يكون الأصل هو جواز اقامة الدليل العكسي لنفي القرينة ، فيما عدا الأحوال التي ينص فيها القانون على عدم جواز ذلك والأحوال التي تؤسس فيها القرينة على النظام العام « ( مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ٣ ، ص ٤١٧ و ٤١٨ ) .

(١) أنظر في تفصيل ذلك ، وفي الخلاف خاصة حول طرق دحض القرينة المستخدمة في اثبات تصرف قانوني تزيد قيمته على عشرة جنيهاً : عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرة ٣٣٩ . - عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، فقرة ٢٢٩ .

(٢) يفرض هذا الطريق على أساس قوله الله تعالى : « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهاداء إلا أنفسهم ، فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين ، والخامسة أن لعنة الله عليه أن كان من الكاذبين . ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله أنه لمن الكاذبين ، والخامسة أن غضب الله عليها أن كان من الصادقين » ( سورة النور الآيات ٦ - ٩ ) .

انظر في تفصيل هذا الطريق وشروطه : عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ، ص ١٨٨ . - عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٤١١ - ٤١٤ .



وأما حيث يقرر القانون استثناء قرائن قانونية قاطعة ، فيستحيل في الأصل اقامة الدليل على عكس ما تقرر «١» . ومن قبيل ذلك ، ما يقيمه القانون من قرينة على خطأ حارس الحيوان أو الأشياء أو الآلات الميكانيكية ( م ١٧٦ و ١٧٨ مدني «٢» ) .

وغنى عن البيان أن القرائن القانونية ، في مجال الاثبات الذي سبق تفصيله ، تفرق عن القرائن القضائية . فالقرائن القانونية أداة أو طريقة من الطرق المعنوية لصياغة القاعدة القانونية ، أي أن اقامتها إنما تكون في مرحلة تكوين القاعدة القانونية ، ولذلك تكون من صنع المشرع أو القانون الوضعي «٣» بوجه عام . أما القرائن القضائية ، فهي من صنع القاضي ، مما يفترض أن اقامتها أو استخلاصها يكون في مرحلة تطبيق القاعدة القانونية لا في مرحلة تكوينها . فالقاضي يستخلص من ظروف كل قضية وملابساتها ، ويستنبط من بعض الوقائع الثابتة لديه أمارات يكون بها عقيدته — طبقا للغالب في العمل ومجرى الأمور الطبيعي — في شأن واقعة من وقائع الدعوى لا يقوم عليها دليل مباشر ، وبذلك تعتبر القرائن

---

(١) ومع ذلك ، فمن المتفق عليه أن القرائن القانونية القاطعة يمكن دحضها — خروجاً على هذا الأصل — بالاقرار أو اليمين . ( انظر Decottignies, thèse précitée, No. 53-55. — عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، فقرة ٣٣٢ ) .

(٢) من الواضح أن القرينة القانونية هنا قرينة على الخطأ وليست قرينة على المسؤولية . ولذلك فإذا كانت هذه القرينة قاطعة بمعنى أنه يمتنع على الحارس اقامة الدليل على عكسها باثبات عدم تقصيره أو خطئه في الحراسة ، فإن ذلك لا يمنعه من نفي مسؤوليته عن طريق نفي علاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر الحاصل .

(٣) لا يستأثر التشريع وحده يصنع القرائن القانونية ، بل يملكه كذلك كل مصدر رسمي آخر من مصادر القانون الوضعي . ولذلك يملك العرف كما يملك التشريع اقامة القرائن القانونية ؛ والقول بغير ذلك معناه رد القانون الوضعي كله الى مصدر وحيد هو التشريع ، وهذا غير صحيح . ( انظر في هذا المعنى : Gény, op. cit., t. III, No. 235, pp. 327, 330 — وقارن : عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، فقرة ٣٢٢ ) .



القضائية بمثابة أدلة غير مباشرة يستخلصها القاضى فى سبيل تكوين عقيدته .  
ومن قبيل القرائن القضائية ، استخلاص القاضى صورية التصرف القانونى  
من قيام علاقة زوجية أو قرابة بين أطرافه ؛ واستخلاص التحايل على  
ما يقرره القانون للجار من الأخذ بالشفعة ، من بيع الأرض المشفوع فيها  
الاجزاء ضيلا هو المجاور لأرض الجار أو مع هبة هذا الجزء الى  
مشتري الأرض .

### (٢) القرائن القانونية فى مجال القواعد الموضوعية :

إذا كان المجال الأصلى للقرائن القانونية هو مجال الإثبات أى مجال  
القواعد القانونية المتعلقة بإثبات الحق ، مما حدا ببعض الفقهاء الى اعتبار  
القرائن فى هذا المجال هى وحدها القرائن القانونية بالمعنى الدقيق ؛ فان  
الحاجة اليها لا تقتصر على هذا المجال ، بل قد تمس الحاجة اليها كذلك فى  
مجال القواعد القانونية الموضوعية أى القواعد المتعلقة بموضوع الحق  
لا بإثباته .

ذلك أن بعض الأوضاع التى تحكمها هذه القواعد من حيث الموضوع  
قد يكتنفه الغموض والاختلاط ، فيكون من اللازم — لاعطاء هذه القواعد  
نوعا من الضبط والتحديد والاحكام — نفى هذا الغموض والاختلاط ،  
بأخذ الاحتمال الغالب والراجع فى العمل فى شأن هذه الأوضاع أساسا  
يؤكد ويعمم فى كل حالاتها .

فالفكرة اذن واحدة فى مجال الإثبات ومجال القواعد الموضوعية على  
السواء ، من حيث قيام القرائن على فكرة الاحتمال والرجحان بقصد تبديد  
الشك والاختلاط . ولكن يبقى ثم فرق جوهري بين وضع القرائن فى كل  
من المجالين . ففى مجال القواعد الموضوعية ، لا يتعدى دور القرينة دور  
الدافع أو العلة لتقرير حكم القاعدة التى تقررها ، وقد لا تكون هى الدافع  
أو العلة الوحيدة لذلك ؛ وعلى أى حال ، فتمت أدت دورها من الدفع الى  
تقرير هذا الحكم ، تلاشت وبقي الحكم وحده قائما دونها على استقلال .



أما في مجال الاثبات ، حيث تستخدم القرينة وسيلة اثبات أو اعفاء منه أو تبديل في محله ، فانها تصبح حينئذ محل أو موضوع قاعدة الاثبات التي تقررها ، وليس مجرد دافع أو علة لها كما هي الحال في مجال القواعد الموضوعية «١» .

وما دامت القرينة تعتبر في ذاتها محل القاعدة في مجال الاثبات ، فلا يتصور الفصل حينئذ بين القاعدة وبين القرينة بما تقوم عليه من فكرة الاحتمال أو الرجحان ؛ وهو ما ينتهي الى اناطة تطبيق القاعدة بهذه الفكرة ، بحيث يصبح في الامكان التوصل — في الأصل — الى منع اعمال القاعدة في شأن الحالات التي تشذ بها ظروفها — على وجه اليقين — عن مقتضى ما تعمه القرينة من احتمال ورجحان . فقرينة اعتبار المفقود ميتا ومتولى رقابة القاصر مخطئا ، تنقض حيث تتخلف دلالتها في بعض الحالات ، بعودة المفقود أو قيام الدليل على استمرار حياته ؛ وبشوت قيام متولى الرقابة بما يفرضه القانون عليه من واجب الرقابة بما ينبغي من حيلة وعناية .

أما في مجال القواعد الموضوعية ، فان القرينة القانونية — وهي تقتصر على تمثيل دور الدافع أو العلة للقاعدة الموضوعية — تنفصل عن هذه القاعدة ، بحيث لا يصبح اعمالها مناطا بما دفع الى تقريرها من قرينة تعم احتمالا أو رجحانا معيناً ؛ وبذلك لا يتأتى منع اعمالها في شأن بعض الحالات بدعوى تخلف مقتضى هذا الاحتمال والرجحان .

وأظهر مثل على القرائن القانونية في مجال القواعد الموضوعية ما يعمد اليه القانون الوضعي من تحديد سن الرشد باحدى وعشرين سنة . فالقانون بذلك انما يقيم هذا الحكم مدفوعا باعتبار هذه السن قرينة على كمال الارادة ونضج العقل ، حيث أن الغالب الراجح في العمل هو توافر

(١) في هذا المعنى :

Gény, op. cit., t. III, No. 238. — Decottignies, thèse précitée, Nos. 22, 26.  
عبد الرزاق ، السنهوري ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، فقرة



هذا الكمال والنضج للأفراد ببلوغ هذه السن . ولكن بخروج القاعدة الموضوعية المحددة لسن الرشد الى الوجود ، تتلاشى القرينة التي دفعت الى تقريرها بعد أن انتهى دورها ، فلا يعلق اعمال حكم هذه القاعدة على ضرورة توافر مقتضى هذه القرينة في كل الحالات . ولذلك ينطبق هذا الحكم على الجميع حتى ولو كانت حالات البعض منهم مما يشذ عن الغالب الراجح في العمل ، فيظل الشخص معدودا قاصرا حتى ولو اكتمل له النضج العقلي والارادة قبل سن الحادية والعشرين .

وكذلك يبدو أثر هذا النوع من القرائن فيما يقرره القانون من أن «الحيازة في المنقول سند الحائز» . فهذه القاعدة الموضوعية تختفى وراءها قرينة قانونية مأخوذة من الغالب في العمل من أن حيازة المنقول تكون بيد المالك . ولكنها قرينة تنفصل عن القاعدة ، اذ تقوم منها مقام العلة والدافع . ولذلك لا يعلق اعمال القاعدة على توافر مقتضى هذه القرينة في كل الحالات . فما دامت شرائط هذا الاعمال متوافرة ، فلا يتأتى بعد ذلك منعه — في الحالات التي تشذ عن حكم الغالب — بدعوى أن المالك الحقيقي شخص آخر غير الحائز ، اذ الحيازة — متى توافرت شرائطها — تصبح بمقتضى القاعدة سببا لملكية المنقول .

ويبدو أثر هذا النوع من القرائن كذلك فيما يقرره القانون من «حجية الأمر المقضى» <sup>(١)</sup> ( L'autorité de la chose jugée ) . فهذه قاعدة موضوعية تختفى وراءها قرينة قانونية على اعتبار الحكم القضائي عنوان الحقيقة فيما قضى به ، اذ الغالب أن تقيم الأحكام القضائية قضاءها على أساس صحيح فتصل بذلك الى تقرير الحقيقة . واذا كانت مثل هذه

(١) تجب التفرقة بين «حجية الأمر المقضى» و «قوة الأمر المقضى» . فالحجية تلحق كل حكم موضوعي فاصل في خصومة ، سواء كان نهائيا او ابتدائيا ، حضوريا او غيابيا . اما القوة فلا تلحق الا الحكم النهائي وحده وهو الذي لا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن العادية ( انظر : عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، فقرة ٣٤٢ ) .



القرينة احدى الدوافع الى تقرير هذه القاعدة «١» ، فانها تتوارى وتنفصل عنها ، بحيث لا يعلق اعمال القاعدة على توافر مقتضى هذه القرينة بالنسبة الى كل الأحكام القضائية . فالأمر المقضى تكون له دائما حجته ، دون نظر الى ما قد يشذ في النادر من أحكام عن مقتضى الغالب من قضاء الأحكام بالحقيقة . وبذلك يمتنع دائما على نفس الخصوم في نزاع سبق الفصل فيه بحكم قضائي ، أن يجددوا أمام المحاكم بغير طرق الطعن القانونية — أى بدفع أو دعوى مبتدأة — نفس النزاع المتعلق بذات الحق محلا وسببا (م ٤٠٥ / ١ مدنى) .

واذا كانت هذه القرائن وأمثالها تتلاشى وراء القواعد الموضوعية ، فيبقى على أى حال أنها تعتبر من دوافعها وعللها وهو ما يمدّها بسند عقلى منطقى يبرر أحكامها «٢» .

### ١١١ - الافتراض أو الحيل القانونية (٣)

يقصد بالافتراض أو الحيل القانونية ( *fictiones juridiques ou de droit* ) اعطاء وضع من الأوضاع حكما يخالف حقيقة من حقائق الواقع الطبيعية «٤» توصلا الى ترتيب أثر قانونى معين عليه ما كان ليرتب لولا هذه المخالفة . وبذلك تبدو طريقة الافتراض أو الحيل القانونية احتيالا وتزويرا على الواقع؛

(١) من الدوافع الأخرى لهذه القاعدة ، أنه ليس من المصلحة تعريض هيئة الأحكام القضائية للضياع بآثارة ما قضت فيه من جديد عن غير طرق الطعن القانونية ، والا اضطربت المعاملات ، وضاعت الثقة فى الأحكام ، وتأيدت الخصومات .

(٢) Gény, op. cit., t. III, No. 239, p. 359.

(٣) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Dabin, op. cit., pp. 275-345. — Dekkers, *La fiction juridique, Etude de droit romain et de droit comparé*, 1935. — Gény, op. cit., t. III, Nos. 240-252, pp. 360 - 445.

(٤) وهذا ما يذهب اليه جمهور الفقهاء ، مع اعطاء الحقائق الطبيعية ( *réalités naturelles* ) التى يخالفها الافتراض أو الحيل القانونية مدولا واسعا لا يقتصر على الحقائق المادية ( *réalités physiques* ) وحدها، بل يمتد كذلك



اذ — وهى تقوم على تصوير ذهنى معين — لاتجعل منه انعكاسا لأصل صورته الطبيعية فى الواقع ، بل قلبا وتحريفا له ، وذلك بقصد تحقيق ما تستهدفه من غرض اقامة التنظيم القانونى على نحو معين «<sup>١</sup>» .

وعلى هذا النحو ، يبدو الفارق البعيد بين « القرائن القانونية » وبين « الافتراض أو الحيل القانونية » . فرغم أنها يشتركان فى اعتبارهما طرقا معنوية لصياغة القاعدة القانونية تقوم على تصوير ذهنى للواقع ، تحكمى بعض الشيء ، بقصد تيسير الوصول الى غايات عملية معينة ؛ الا أن الطريقة الأولى تؤسس تصويرها على الاحتمالات الغالبة الراجعة فى العمل بحيث يأتى تعميمه فى الاتجاه العادى الطبيعى للأمور ؛ بينما تستبجح الطريقة الثانية — فى سبيل الوصول الى الهدف المقصود — تأسيس تصويرها على انكار الواقع أو تشويهه «<sup>٢</sup>» . ولذلك يعتبر الافتراض

---

= الى الحقائق العلمية والفلسفية والتاريخية والفكرية ( أنظر فى هذا المعنى : Gény, op. cit., III, No. 241. — Dabin, op. cit., p. 284 et s. — Ismaïl Ghanem, Essai critique sur la notion de patrimoine en droit français et en droit Egyptien, thèse, Paris, 1951- note (1) p. 206 et s.

منصور مصطفى منصور ، نظرية الحلول العينية ، وتطبيقاتها فى القانون المدنى المصرى ، رسالة من القاهرة ، ١٩٥٣ ، فقرة ٦٤ ، ص ٩٧-٩٩ .  
ومع ذلك ، فيذهب بعض الفقهاء الى أن « الافتراض » انما يقوم على مخالفة حقيقة قانونية ( réalité juridique ) لا على مخالفة حقيقة طبيعية .  
انظر : (Dekkers, op. cit., No. 28, 29. — Demogue, Les notions fondamentales du droit privé, p. 243).

ولكن هذا الراى يغفل أن قيام القانون نفسه بمخالفة ماسبق له تقريره من حقائق ومبادئ انما يعتبر مع جانبه نسخا لها أو تحديدا من اطلاقها بإيراد استثناءات عليها ، وهو ما يملكه باعتباره واضعها وصانعها من الأصل (أنظر فى انتقاد هذا الراى كذلك وفى التفرقة بين جوهر الافتراض ونتيجته I. Ghanem, Thèse précitée, p. 208, note) . ولكن من الواضح أن الحقائق القانونية اذا كانت تعبر عن حقائق طبيعية ، فحينئذ تكون مخالفتها من قبيل الافتراض لا بصفتها حقائق قانونية ولكن بصفتها حقائق طبيعية .

(١) Gény, op. cit., t. III, No. 241, pp. 267-269.

(٢) Gény, op. cit., t. III, No. 228, pp. 260, 261.



مخالفة صريحة للواقع ، بينما تعتبر القرائن تسليما بحكم الطبيعي والغالب منه .

ومن أمثلة الافتراض أو الحيل القانونية نظام «الموت المدني» «<sup>١</sup>» الذي كان معروفا — كعقوبة تبعية — في بعض الشرائع الى قريب . فبمقتضاه كان يفترض موت الشخص افتراضا بحتا رغم مخالفة ذلك للواقع من بقاءه فعلا بقيد الحياة ، ويرتب على هذا الافتراض أثره القانوني من انهاء الشخصية بما يستتبعه هذا الانهاء من نتائج مختلفة .

وكذلك يعتبر من قبيل الافتراض أو الحيل القانونية ، ما يقرره القانون من أن قسمة المال الشائع ذات أثر رجعي ، بمعنى أنه يفترض أن كل متقاسم كان مالكا للنصيب المفرز الذي آل اليه بالقسمة منذ بدء الشيوع وأنه لم يملك غيره شيئا أبدا (م ٨٤٣ مدني) . فالقانون بذلك يغفل الواقع من قيام فترة من الشيوع قبل القسمة لم يكن يملك فيها كل شريك أى جزء مفرز محدد على سبيل الاستثثار والانفراد دون الباقيين ، وأن التملك على هذا النحو لم يتأت الا بالقسمة ومن تاريخها .

ويعتبر كذلك من قبيل الافتراض أو الحيل القانونية ، ما قد يعمد اليه القانون من تقديم التوقيت ساعة أو ساعتين من الزمان في أوقات معينة من السنة مخالفا بذلك حكم التوقيت الطبيعي .

وتعتبر طائفة « العقارات بالتخصيص » ( immeubles par destination ) وطائفة « المنقولات بالمآل » ( meubles par anticipation ) ، من قبيل الافتراض أو الحيل القانونية كذلك، حيث يخالف القانون بتقريرها التقسيم الطبيعي للأشياء مخالفة صارخة . فيفترض أن بعض المنقولات عقارات اذا كانت مرصودة على خدمة عقار أو استغلاله ، ويفترض أن بعض العقارات منقولات مادام مآلها القريب الى الانفصال عن أصل ثباتها والتحول بذلك الى منقولات .

«١» انظر لاحقا ، هامش «١» ، ص ٧١١ و ٧١٢ .



ففى هذه الأمثلة وغيرها ، يخالف القانون حقيقة من الحقائق الطبيعية الواقعة بقصد الوصول الى ترتيب أثر قانونى معين يمنع وجود هذه الحقيقة من تقريره . ف شخصية الانسان مثلا لا تنتهى الا بموته موتا طبيعيا ؛ فاذا أريد فى بعض الحالات التوصل — كعقوبة — الى انهاء الشخصية و اعدام الأهلية لدى بعض الأفراد وهم ما يزالون بعد بقيد الحياة ، فلا يتأتى ذلك الا بافتراضهم من الأموات . واذا كانت الأشياء تنقسم بطبيعتها الى عقارات ومنقولات بحسب ثباتها أو حركتها ، فان احترام هذه الحقيقة الطبيعية بصفة مطلقة قد لا يكون فى صالح نشاط الاستغلال وازدياد التعامل ، وحينئذ لا يتخرج القانون من قلب هذه الحقيقة ومخالفتها . فقد يكون مما يعرقل ما يؤديه العقار من خدمة أو استغلال ، احترام الطبيعة المنقولة للمنقولات المرصودة على هذه الخدمة أو الاستغلال كالمواشى المرصودة على استغلال الأرض ، بما يستتبعه ذلك من امكان فصلها عن العقار وتعطيل ما تستخدم فيه من هذا الغرض ؛ فكفالة لاستمرار ما يؤديه العقار باستخدامها من خدمة أو استغلال ، يفترض القانون الطبيعة العقارية لهذه المنقولات لتساوى فى الوصف والمصير مع العقار ، فلا يجوز حجز عليها محيئذ حجز منقول ولا التنفيذ عليها منفصلة عن هذا العقار . وكذلك قد يكون مما يعرقل نمو التعامل على بعض العقارات التى ستؤول فى القريب الى منقولات — كمبنى معد للهدم أو محصول زراعى فى الأرض ينتظر تمام النضج للحصاد — أخذها بطبيعتها العقارية الحالية بما يستتبعه ذلك من اجراءات وقيود فى شأن ما يرد عليها من تصرفات أو حجوز ؛ ولذلك يترخص القانون — استباقا للمستقبل — فى افتراض الطبيعة المنقولة لها من قبل أن تتحول فعلا الى منقولات .

واذا كانت فائدة الافتراض أو الحيل القانونية ظاهرة على هذا النحو ، فلا يجب اغفال ما تنطوى عليه هذه الطريقة المعنوية لصياغة القاعدة القانونية من أخطار جسيمة نتيجة قيامها على أساس مخالف للطبيعة والواقع . ولذلك ينبغى أن يظل التجاء القانون الى هذه الطريقة محصورا فى أضيق



الحدود ، حين يكون الالتجاء اليها أمرا لازما لتحقيق العدل أو النفع الاجتماعي ؛ وحينئذ تكون مثل هذه الغاية هي التبرير الوحيد للافتراض أو الحيلة القانونية «١» .

وعلى أى حال ، فإن تحديد مدى هذا الافتراض يجب ألا يجاوز حدود الغرض المقصود من تقريره ، فيكون اذن محلا للتفسير الضيق باعتباره وسيلة اصطناعية للتعبير عن القانون «٢» . ولذلك فإذا كان القانون يفترض مثلا الأثر الرجعى للقسمة ، فيجب أن يقصر هذا الأثر على حدود الغرض من تقريره وهو مجرد حماية كل متقاسم — فيما يؤول اليه من نصيب مفرز بالقسمة — مما سبق أن أجراه شريك آخر على هذا النصيب من تصرفات ابان قيام الشيوع ، بحيث لا يؤول اليه بالقسمة الا نصيب خالص محرر من حقوق الغير التى لم يكن له دخل فى تقريرها . أما فيما يجاوز حدود هذا الغرض ، فيجب الكف عن المضي فى الافتراض ، والرجوع الى الواقع من أن الملكية المفرزة للمتقاسم على هذا النصيب انما تحدت على هذا النحو بالقسمة ومن تاريخها لا من تاريخ بدء الشيوع .

---

(١) Gény, op. cit., t. III, No. 247, pp. 417, 418.

(٢) يقصر « جينى » ذلك على حالة ما اذا كان الافتراض حلا تحكميا يفرضه المشرع . أما اذا كان المشرع قد ألبس مبدا نافعا أو عادلا ، ثوب الافتراض لكى يسهل اجراءه فى الحياة العملية ، فيكون من المناسب الاعتراف له بكل ما هو اهل له من مدى واسع ( Gény, op. cit., t. III, No. 251, p. 436 )



## الفصل الثانى

### اعطاء القاعدة القانونية القوة الملزمة فى العمل

#### ١١٢ - تمهيد وتقسيم

قلنا ان جوهر القاعدة القانونية يعرض عاما مبهما ، فتحدد مضمونه الصياغة الفنية بما يهيئه للتطبيق العملى . غير أنه يظل مجردا من قوة تلزم الأفراد به ، اذ لا تكون له الا قوة الزام أدية يفرضها العقل ، فيحتاج الى قوة الزام ايجابية تفرضه على الأفراد فى الجماعة وتكفل احترامه عن طريق الاجبار المادى . فالقاعدة القانونية اذن تحتاج الى سلطة تعطيها القوة الملزمة فى العمل ، فتفرضها على الناس وتحملهم جبرا على احترام أحكامها . وبهذه القوة الملزمة تصير القاعدة القانونية قاعدة وضعية ، أى قاعدة سائدة مطبقة فى العمل ، ترصد الدولة قوتها المادية على كفالة احترامها .

فما هى السلطات التى تملك اعطاء القاعدة القانونية قوة ملزمة فى العمل ؟ أو بعبارة أخرى ، ما هى المصادر الرسمية للقاعدة القانونية ؟ . يقتضينا الرد على ذلك أن نعرض لهذه المصادر بوجه عام ، ثم نعرض لها فى القانون المصرى بوجه خاص .

ولذلك تقسم هذا الفصل الى مبحثين :

- المبحث الأول - فى المصادر الرسمية للقاعدة القانونية بوجه عام .
- المبحث الثانى - فى المصادر الرسمية للقانون المصرى .



## المبحث الاول

### المصادر الرسمية للقاعدة القانونية بوجه عام

#### ١١٣ - تمهيد

ليست المصادر الرسمية للقاعدة القانونية واحدة مشتركة في كل الجماعات ، بل هي تختلف من جماعة الى أخرى تبعا للظروف الخاصة المحيطة بكل منها ، والتي تتفاوت بتفاوت الزمان .

ورغم هذا الاختلاف بين الجماعات في المصادر الرسمية للقاعدة القانونية ، نستطيع أن نقول ان العرف والتشريع - على تفاوت بينهما في الأهمية والمرتبة بحسب المكان والزمان - يعتبران كقاعدة عامة مصدرين رسميين تشترك فيهما كل الجماعات قديما وحديثا .

غير أن ثم مصادر أخرى - الى جنب العرف والتشريع - عرفت لها بعض جماعات دون أخرى في القديم والحديث على السواء ، وان يكن حظها اليوم - في عداد المصادر الرسمية للقواعد القانونية - اما ضئيلا كالدين ، أو منعدما كالفقه ، أو خاصا بجماعة أو جماعات معينة كالقضاء . فنعرض اذن لكل هذه المصادر الرسمية : العرف والتشريع ، ثم الدين ، ثم الفقه ، ثم القضاء .

## المطلب الاول

### العرف والتشريع

#### ١١٤ - تمهيد واحالة

لعل أول مصدر عرفته الانسانية من المصادر الرسمية للقاعدة



القانونية هو العرف ، فكانت القاعدة القانونية تظهر في العمل مستكملة قوتها الملزمة نتيجة تواتر الأفراد على العمل بسنة معينة ، مع اعتقادهم في إلزامها وضرورة احترام أحكامها بتوقيع الجزاء أو الإلزام على من يخالفها .

ولكن مثل هذا المصدر — ان كان يوافق الجماعات البدائية حيث حاجاتها لم تتعقد بعد — ، الا أنه لا يلبث — مع تقدم الزمن وتضخم الجماعات وازدياد أوجه النشاط فيها وتشعب الروابط بين أفرادها — أن يقصر عن الوفاء بحاجاتها ، ويتخلف — وهو مصدر بطيء الانتاج — عن ملاحقة سيرها الحثيث ومطالبها المتكاثرة . فيتوارى قليلا ليفسح الطريق أمام مصدر ثان هو التشريع ، تفرض الدولة القواعد القانونية عن طريقه بما يتركز بين يديها من قوة وسلطان .

والعرف والتشريع مصدران رسميان للقواعد القانونية ، عرفت كل الجماعات منذ قديم ، وما زالت تعرفهما الى اليوم ، وان يكن حظهما فيها متفاوت كل التفاوت . فالعرف في القديم كان هو المصدر الرسمي الأول ثم مازال يتقهقر في أهميته حتى غدت الصدارة اليوم — عند أغلب الجماعات — للتشريع في الإلزام بالقواعد القانونية . ورغم ذلك ، فما زالت بعض جماعات قليلة تحل العرف في العصر الحديث المكان الأول بين المصادر الرسمية للقواعد القانونية فيها وتغلبه على التشريع . غير أن انتشار المذهب الاجتماعي في الآونة الحاضرة ، بما يستتبع من ازدياد تدخل الدولة في نشاط الأفراد تحقيقا للصالح العام ، أصبح يهدد العرف في مركزه باعتباره المصدر الرسمي الأول للقانون فيها ، ويفسح المجال للتشريع تمهيدا لإحلاله محل العرف في الأهمية والاعتبار .

وليس هنا مجال بسط القول في التشريع والعرف ، فمحل ذلك عند الكلام في المصادر الرسمية للقانون المصري ، باعتبارهما في الطلية منها ،



## المطلب الثاني

### الدين

#### ١١٥ - صلة الدين بالقانون

يقصد بالدين القواعد والأحكام التي ينزلها الله بوحى من عنده على الناس ، وهى تنظم وتحكم عادة العبادات أى علاقة المرء بربه ، والأخلاقيات أى علاقة المرء بنفسه . ولما كانت مثل هذه العلاقات لاتعنى القانون فى الأصل — كما سبق البيان — ، فضلا عن أن الجزاء على مخالفة قواعد الدين لا يعدو مجرد الجزاء الأخرى أو استنكار الضمير ، فقد ظل بذلك لكل من الدين والقانون نطقة الخاص .

غير أن من الأديان ما جاء منتظما — فضلا عن قواعد العبادات وقواعد الأخلاق — لقواعد المعاملات بالمعنى الواسع أى للقواعد التى تحكم علاقة المرء بغيره ، ومقررا — فضلا عن الجزاءات الأخروية — لجزاءات دنيوية كفالة لاحترام أحكامها ؛ ومن هنا نشأت صلة الدين بالقانون . ثم أتيح لمثل هذه الأديان أن تنتشر فى بعض الجماعات ، وأن يطبق من قواعدها ما يمس القانون تطبيقا عمليا تكفله قوة الاجبار الجماعى ، فغدا الدين فى هذه الجماعات مصدرا رسميا للقانون — فيما يطبق من قواعده — الى جنب المصادر الرسمية الأخرى . بمعنى أن الدين صارت لقواعده قوة الزام عملية تستمد منه مباشرة دون واسطة من أى مصدر رسمى آخر ، فهذه القواعد الدينية غدت تلزم الأفراد بقوتها الذاتية أى بقوة صدورها عن الله ، دون أن يكون للدولة أى نصيب فى فرضها أو الالزام بها ، وانما يقتصر دور الدولة بشأنها على تسخير قواها المادية الغالبة فى سبيل كفالة احترامها .

ثم تهاوت على الزمن هبة الدين وغلب عليه التشريع ، فزحزحه — فى أغلب الجماعات — عن مكانه بين المصادر الرسمية للقانون ، وردده فى بعضها



الى أن يكون مجرد عامل من عوامل الحقائق الواقعية التي تسهم بنصيب في تكوين جوهر القانون ، أو كمصدر تاريخي تستقى منه أحكام التشريع .

غير أن قلة من الجماعات ما تزال تحتفظ للدين بمكانة بين المصادر الرسمية للقانون ، في نطاق يتفاوت بتفاوت تسكها بالدين ، وتفاوت نشاط حركة التشريع فيها ؛ ومن بين هذه الجماعات أكثر الدول الإسلامية . فالدين في مصر مثلاً ما يزال معتبراً مصدراً رسمياً من مصادر القانون ، ولكن في نطاق محدود ؛ وهو معتبر فيها فضلاً عن ذلك ضمن المصادر التاريخية لكثير من التشريعات ، أى ضمن المصادر الموضوعية أو الحقيقية باعتباره عنصراً من عناصر الحقائق الواقعية التي يتألف منها جوهر القانون . وفي بعض الدول الإسلامية الأخرى — كالدولة العربية السعودية والدولة اليمنية — ما زالت الشريعة الإسلامية هي المصدر الرسمي الأول للقواعد القانونية .

وأياً ما كان الأمر ، فالثابت أن الدول الغربية — وهي التي انتشر فيها الدين المسيحي — لم تعد تعتبر هذا الدين مصدراً رسمياً للقانون فيها اليوم . أما بعض الدول الشرقية التي انتشر فيها الدين الإسلامي ، فما زالت تعدّه الى اليوم ضمن المصادر الرسمية للقانون فيها ؛ وقد تعدّ غيره من الأديان كذلك — فيما يتعلق بمعتقداتها — مصدراً رسمياً للقواعد القانونية في نطاق محدود هو عادة نطاق الأحوال الشخصية . فالدينان المتقابلان اليوم في الشرق والغرب ، يختلفان اذن فيما لكل منهما من قوة الزام بالقواعد القانونية في نطاق العمل ، فنعرض لكل منهما في ايجاز .

## ١١٦ - الدين المسيحي

تحكمت ظروف العصر الذي نشأ فيه هذا الدين ، في صرفه عن وضع قواعد قانونية بالمعنى الصحيح تحكم العلاقات الاجتماعية وروابط الناس بعضهم ببعض ، وفي حصر جهده في تثبيت قواعد الأخلاق وتقويم



النفوس «١» . ذلك أن الدين المسيحي قد نشأ في عصر ومكان مزدحم بالشرائع والقوانين والنصوص من شريعة موسى وشريعة الرومان ، فلم تكن الحاجة اليه ليأتي بمزيد من القواعد القانونية والأحكام الدنيوية ، وإنما كانت الحاجة اليه أكبر ما تكون لانقاذ الشرائع والقوانين من أيدي الجامدين والحرفيين ، وعبداء الألفاظ والنصوص . من أجل ذلك ترك الدين المسيحي مجال القانون فلم يعرض لقواعده القائمة بتعديل أو الغاء ، واقتصر على مخاطبة النفوس والضمائر يروضها بالأخلاق ويهذبها بالعبادة ، ففصل بذلك بين الدين والدولة وبين الدين والقانون ، وقال قولته المشهورة « ما لله لله ، وما لقيصر لقيصر » «٢» .

(١) في ذلك العصر « تحجر نظام المجتمع فأصبح اشكالا ومراسم خلوا من المعنى والغاية ، وتحجرت معه الشرائع والقوانين . . . وتحجرت العقائد الوثنية في الدولة الرومانية وتحجرت العقائد الكتابية بين بني اسرائيل ، فأصبح فرق الشعرة بين النصين يقيم الحرب الحامية على قدم وساق ، وأصبحت التقوى علما بالنصوص وبحثا عن مراسم الشريعة ، وغلب « المظهر » على المتشبهين بالنصوص والمتصرفين فيها . . . فلا جرم يكون ( الخلاص ) في عقيدة لا تؤمن بشيء كما تؤمن ببساطة الضمير ، ولا تعرض عن شيء كما تعرض عن المظاهر ، ولا تضيق بخلاف كما تضيق بالخلاف على النصوص والحروف وفوارق الشعرة بين هذا التأويل وذلك التحليل » ( عباس محمود العقاد ، عبقرية المسيح ، ١٩٥٣ ، ص ١٠٢ و ١٠٣ ) .

(٢) « منذ اللحظة الأولى الى خطاها السيد المسيح في التبشير برسالته ، اخذ على نفسه أن يعتزل « السلطة » ويتنحى لها عن ميدانها ، فلا يتصدى لها بإبطال أو بانقاذ : لا يبدلها ولا يدعى لنفسه ولايتها ، وحق لكل معلم قادر أن يسلك تلك الخطة في زمنه ، فانه — كما تقدم — قد نشأ في دنيا تشكو الكفة من الشرائع والأوامر والنواهي والحكام والمتحكمين : ما فاض من رومة الشرائع تملأه مراسم الهيكل وشعائره ومحللاته ومحرماته ، وما فاض من رومة ومن الهيكل ملأته سيطرة هيروود وابنائيه وأذنابه وتابعيه ، ولا حاجة الى مزيد من الأحكام مع فساد الحكام . فاذا وجب اصلاح بعضها ، فالخير من اصلاحها لا يساوى جهد الحرب . . . وقد يدرك باصلاح الضمائر وتهذيب الآداب الانسانية وتعليم الآحاد امثلة من الأخلاق تهدي أصحابها حيث تضلهم الشرائع والقوانين » . ( عباس محمود العقاد ، المرجع السابق ، ص ١٢٢ و ١٢٣ ) .



ثم أتيح للدين المسيحي أن ينتشر بعد ذلك في أنحاء الأرض وعلى الأخص في بلاد الغرب، فأتيح بذلك لرجال الكنيسة حظ موفور من السيطرة والنفوذ والسلطان، حتى اختلطت السلطة الدينية بالسلطة الزمنية، وأمكن للكنيسة أن تفرض على الناس — الى جانب قواعد القانون الروماني السائد حينئذ في أغلب هذه البلاد — قواعد قانونية في شئون كثيرة مختلفة تتصل بالزواج والطلاق والميراث والوصية والعقود. وهى قواعد لم ينزل بأكثرها الدين المسيحي نفسه — لأنه كما سبق البيان دين قد اعتزل في نشأته السلطة وابتعد عن نطاق القانون — ولكن خرجها فقهاء الكنيسة تخريجا من المثل والمبادئ المسيحية. فتكون من ذلك ما يعرف بالقانون الكنسي «<sup>١</sup>» ، وهو قانون ليس مصدره الرسمي المباشر الدين المسيحي نفسه كما قلنا ، وانما مصدره الكنيسة نفسها ؛ واجتهاد فقهاء وقضاها اجتهدا يستلهم روح الدين المسيحي وتعاليم السيد المسيح .

وظل القانون الكنسي معمولا به في أغلب هذه البلاد — أى كمصدر رسمي للقانون فيها — حتى استقلت السلطة الزمنية بالأمر وقوضت سلطان الكنيسة بفصلها عن الدولة فصلا تاما . فاندثر بذلك القانون الكنسي باعتباره مصدرا رسميا ، وان ظل له من نفوذه وسلطانه على النفوس ما أبقاه الى اليوم مصدرا تاريخيا يستقى منه كثير من قواعد القانون فيها . ولعل من أهم قواعد القانون الحديث التى يعتبر القانون الكنسي مصدرا تاريخيا لها ، قاعدة الرضائية فى العقود ، تلك القاعدة التى نص عليها فقهاء الكنيسة ، فحرروا بها العقود من الشكليات التى كان يشترطها القانون الروماني لتمام انعقادها ، واكتفوا فى ذلك بمجرد تراضى الطرفين .

- وسنرى فيما بعد أن الدين المسيحي ، أو على الأصح ما تكون من

---

(١) راجع فى القانون الكنسي وتطوره من حيث مدى اتصاله بالقانون :

De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., No. 165. — Marty et

Raynaud, op. cit., No. 66. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 79.



قواعد دينية مسيحية نتيجة اجتهاد الفقهاء الكنسيين ، يعتبر مصدرا رسميا للقانون المصرى — كغيره من الأديان السائدة فى مصر — فى بعض مسائل الأحوال الشخصية •

## ١١٧ — الدين الاسلامى

أما الدين الاسلامى ، فقد نزل به الوحي دينا وقانونا فى آن واحد ، أو كما جرى على الألسن ، نزل دينا ودولة ؛ فلم يقنع بوضع قواعد الأخلاق وقواعد العبادات ، بل جاوز هذا النطاق الأصلى للدين الى وضع قواعد للقانون تحكم المعاملات بمعناها الواسع • فتضمن قواعد كثيرة خاصة بالزواج والنسب والطلاق والولاية والوصاية والميراث والوصية والعقود والاثبات والجرائم والعقوبات أو الحدود •

وقد نزل الوحي بهذه القواعد اما معنى ولفظا من عند الله فى الكتاب أو القرآن ، واما معنى فقط من الله جرى به قول الرسول أو فعله • ثم أتيح للشريعة الاسلامية أن تنمو ويتسع لطاقها بفضل الاجماع من ناحية ، وبفضل القياس من ناحية أخرى • فنشأ من ذلك كله نظام قانونى ضخم متماسك كان من الممكن أن يظل سائدا الى اليوم فى البلاد الاسلامية يسد حاجاتها ومطالبها التى استحدثتها العصر الحديث ، لو لم يحكم عليه بالجمود افعال باب الاجتهاد • فهل ثم ضربة وجهت الى الشريعة الاسلامية أكبر من افعال باب الاجتهاد وتحريم رأى على المجتهدين من الفقهاء ؟ • كأنما تكفى كلمة تقال بتحريم الاجتهاد وقفل بابه ، حتى يقفل المجتمع بابه دون التطور ويعيش فى عصره على تراث الماضى وتركه الآباء ! « ١ » • وأيا ما كان الأمر ، فقد ظلت الشريعة الاسلامية — باعتبارها المصدر

---

(١) يبدو أن الثورة على افعال باب الاجتهاد قد بلغت أخيرا المعاصرين من فقهاء الشريعة الاسلامية ، فنجد بعضهم أصبح يدعوا الى « فتح باب الاجتهاد فى الفقه للقادر عليه . فما تخلف الفقه الاسلامى عن القافلة الا بسبب سدة هذا الباب منذ قرون • ونحن نعلم أن الاعتزاز بتراث الماضين من »



الرسمى الأول للقانون — سائدة فى البلاد الاسلامىة بوجه عام حتى منتصف القرن الماضى • ثم ابتداء الوعى يتيقظ فى هذه البلاد بعد قرون طويلة من التأخر والانحلال • وأصبح من الحتم وجوب مسامرة روح العصر بما استحدثت من حاجات وضروب نشاط لم تكن معهودة من قبل •

ولم تكن هذه المسامرة لتأتى الا بسلوك أحد طريقين : اما القيام بحركة احياء واسعة للشريعة الاسلامىة ، بعد أن قضى على أحكامها بالجمود والقصور اقفال باب الاجتهاد طوال قرون عدة • واما الاتجاه الى الغرب لاقتباس ما وضع فيه من قواعد قانونية حديثة ترضى حاجات العصر ونزعاته ومطالبه •

وقد سلكت أكثر الدول الاسلامىة — ومن بينها مصر — الطريق الثانى تعجيلا بالاصلاح المنشود ، ونكولا عن حمل أعباء الطريق الأول أمام ما تتطلبه حركة احياء الشريعة الاسلامىة من جهود جمة ومصاعب جسيمة • فابتدأت حركة التشريع تنشط فيها وتروج على حساب الشريعة الاسلامىة ، حتى تخلفت بهذه الشريعة المرتبة بين مصادر القانون الرسمية فيها ، أو ضاق نطاق الزامها فى العمل ضيقا كبيرا كاد يقتصر على بعض مسائل الأحوال الشخصية الوثيقة الصلة بالشخص كالزواج والطلاق والنسب •

== الأسلاف أمر طبيعى وغريزى فى الإنسان ، وانه من العبث والحمق أن نحاول التنكر لهذا التراث والاستغناء عنه ، وانه من المستحيل أن نقيم علما من العلوم دون أن نفيد من جهود الماضين وثمار تفكيرهم فى دائرة هذا العلم • ولكننا نعلم مع هذا ، أن الجمود من سمات الموت ، فان الحركة هى الخاصة الاولى للحياة ، وأن القرآن العظيم نعى فى كثير من آياته على التقليد والمقلدين ، وقد نهى الأئمة أنفسهم رضوان الله عليهم عن تقليدهم بلا حق ... فضلا عن أن الزمن يتغير والمعاملات تجد وتتطور ... فليس لنا أن نمسك عن بيان حكم الفقه فى كل منها متعللين بأن الفقهاء الماضين لم يتكلموا فيها ؛ بل علينا أن نجتهد فى ذلك مستفدين من جهود الماضين ، ومعتمدين قبل كل شىء على كتاب الله المحكم وسنة رسوله الصحيحة » ( محمد يوسف موسى ، الفقه الاسلامى ، مدخل لدراسته — نظام المعاملات فيه ، ١٩٥٤ ، فقرة ٣٠١ و ٣٠٢ ، ص ٢٠٤ — ٢٠٦ ) •



أما بقية الدول الإسلامية — وهي قليلة نادرة كالدولة العربية السعودية والدولة اليمنية — ، فإن ظروفها الخاصة لم تشعرها بعد بجمود فقه الشريعة الإسلامية وتخلفه — أمام اقفال باب الاجتهاد — عن روح العصر ومطالبه . لذلك لم تجد هذه الدول حاجة لا الى الاقتباس عن قوانين الغرب الحديثة المتطورة ، ولا الى القيام بحركة احياء شاملة لأحكام الشريعة الإسلامية . ومن هنا ، مازالت هذه الشريعة — كما ثبتت عليه أحكامها منذ اقبال باب الاجتهاد — هي المصدر الرسمي الأول للقانون فيها .

## المطلب الثالث

### الفقه

#### ١١٨ — تمهيد

يقصد بالفقه (La doctrine) مجموع ما يستنبطه الفقهاء ويستخلصونه من أحكام قانونية . وقد تفاوتت نظرة الجماعات الى الفقه تفاوتاً كبيراً . فقد عرفت في القانون القديم بعض الجماعات والشرائع مصدراً رسمياً للقواعد القانونية فيها . وانتهى به الأمر في القانون الحديث الى أن يصبح مجرد مصدر تفسيري ، لا قوة الزامية لأحكامه وقواعده . فنعرض في ايجاز لدور الفقه في القانون القديم ، ثم لدوره في القانون الحديث .

#### ١١٩ — الفقه مصدر رسمي في القانون القديم

كان للفقه حظ عند بعض الجماعات القديمة كمصدر رسمي من مصادر الالتزام بالقواعد القانونية . اذ أعطى بعض الفقهاء في القانون الروماني حق الفتوى الملزمة للقضاء ، ولكن في القضية المعطاة بشأنها الفتوى وحدها . ثم انتهى الأمر في أوائل القرن الخامس الميلادي الى اعتبار آراء خمسة من كبار فقهاء الرومان آراء ملزمة يتعين على القضاء احترامها والأخذ بها



فيما يطرح أمامه من منازعات «١» . وقد اعتمد «جستيان» على آراء هؤلاء الفقهاء في وضع مجموعاته القانونية .

وكذلك فقد عظمت منزلة الفقه في الشريعة الإسلامية حتى طغى على القضاء ، فأصبح القضاء تقليدا محضا للفقه ، وخاصة بعد أن أقفل باب الاجتهاد «٢» وتقيّد الرأي بالمذاهب الأربعة المشهورة : المذهب الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي . بل انتهى الأمر — حين تفرقت البلاد الإسلامية — الى أن يتشيع كل بلد منها لمذهب بعينه من هذه المذاهب الأربعة ، فيلزم القضاء فيه بالحكم وفقهه . فتشيعت مصر مثلا للمذهب الحنفي في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، وقيدت القضاء الى اليوم — في المسائل التي مازال محكومة أساسا بهذه الشريعة — بالأخذ بأرجح الأقوال من هذا المذهب كقاعدة عامة .

## ١٢٠ — الفقه مصدر تفسيري في القانون الحديث

غير أن الفقه قد فقد في العصر الحديث قوته الملزمة ، فانعدم دوره كمصدر رسمي للقواعد القانونية ، ولم يعد لآراء فقيه من الفقهاء مهما

---

(١) أصدر امبراطور الدولة الشرقية وامبراطور الدولة الغربية الرومانية قانونا مشتركا في سنة ٤٢٦ ميلادية ، قضى بقصر التقيد بالفقه على آراء الفقهاء الخمسة المشهورين ، جايوس وپول والبيان وپاپنيان ومودستان ، ومن نقلوا عنهم من الفقهاء القدامى ، بحيث اذا اختلفت الآراء اعتمد رأى الأغلبية ، واذا تساوت اعتمد الجانب الذي ينحاز اليه «پاپنيان» . ( انظر : عمر ممدوح مصطفى ، الفقه عند الرومان ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، السنة الثالثة ، العدد الرابع ، ص ٦٠٠ و ٦٠١ . — عبد الرزاق السنهوري ، واحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ١٠٣ ، ص ١١٢ ) .

(٢) انظر في دور الفقه في الشريعة الإسلامية :  
عبد الرزاق السنهوري واحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ،  
خاصة فقرة ١٠٦ .



علا شأنه ولا لأراء جمهرة الفقهاء قوة الزام قانونية يخضع لها القضاء أو يتقيد بها . وبذلك أصبح دور الفقه اليوم قاصرا على تفسير القانون بما يتاح له من التوفر على الدراسة العلمية لأحكامه وقواعده ، مما ينير الطريق أمام القضاء فيما يواجهه من مهمة تطبيق القانون .

فعدا الفقه اذن في القانون الحديث مجرد مصدر تفسيري للقواعد القانونية . وليس ينتقص ذلك من قدره ، فمهمته ما تزال عظيمة الأثر والخطر ؛ اذ يوجه القضاء كما قلنا بتفسيره لأحكام القانون ؛ كما يوجه المشرع بتنبهه الى الفاسد من هذه الأحكام ليرفعه والى الناقص منها ليكمله ، وان كان يستعين في تبين هذا الفساد وذلك النقص بما يظهره العمل فيما يطرح أمام القضاء من منازعات .

واذا كان الفقه لم يعد معتبرا بوجه عام مصدرا رسميا للقواعد القانونية في القوانين والشرائع الحديثة ، فإن هذا هو حاله كذلك اليوم في القانون المصري . فباستثناء بعض مسائل الأحوال الشخصية والوقت التي ما يزال القضاء مقيدا فيها الى اليوم بالحكم وفق رأى الراجح من مذهب الامام أبى حنيفة (١) ، ليس للفقه من دور في القانون المصري الا الدور الذى رأينا الشرائع الحديثة تستقر على الاعتراف له به وهو الدور التفسيري الذى يعين على تفهم أحكام القانون واستخلاص أصوله ومبادئه (٢) .

---

(١) لم يتغير الوضع في هذا الشأن ببقاء المحاكم الشرعية ، ان تنص الفقرة الاولى من المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الخاص بغاء المحاكم الشرعية والمجالس المليية على ان « تصدر الاحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف والتي كانت أصلا من اختصاص المحاكم الشرعية طبقا لما هو مقرر في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة » ، أى طبقا لأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة عدا الأحوال التي وردت بشأنها قواعد خاصة . ( انظر المذكرة الايضاحية للقانون المذكور ، النشرة التشريعية ، سبتمبر ١٩٥٥ ، ص ٢٣٥٦ ) .

(٢) وقد حرص مشروع التقنين المدنى الجديد على تأكيد دور الفقه =



ويقطع بذلك أن المادة الأولى من التقنين المدني الجديد ، وهي تعدد المصادر الرسمية للقانون المصري ، لم تذكر الفقه من بينها .

## المطلب الرابع

### القضاء (١)

١٢١ - تمهيد

إذا كان اصطلاح القضاء ( La jurisprudence ) ينصرف عادة الى مجموع المحاكم الموجودة في دولة معينة ، الا أنه يقصد به فضلا عن ذلك مجموع الأحكام التي تصدرها هذه المحاكم ، أو بمعنى أدق مجموع المبادئ القانونية التي تستخلص من استقرار أحكام المحاكم على اتباعها والحكم بها .

وقد تفاوتت حظ القضاء — كمصدر من المصادر الرسمية للقواعد القانونية — تفاوتاً كبيراً بتفاوت الزمان وتفاوت الجماعات ، فنعرض لاختلاف النظر اليه في هذا الشأن .

بهذا المعنى الذي ينفي عنه كل قوة ملزمة بنصه في الفقرة الثالثة من المادة الأولى منه على أن يستلهم القاضي « الأحكام التي أقرها الفقه مصرياً كان أو أجنبياً » ، على أساس اعتبار الفقه عنصراً من العناصر التي يستأنس بها في استخلاص قواعد القانون وتقصى مفهومها دون أن يكون لها قوة في الالتزام ( مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، الجزء الأول ، ص ١٨٩ . ولكن تقرر حذف هذا النص في مجلسي البرلمان ، إذ الأمر لا يعدو مجرد الاسترشاد ، وفي القواعد العامة ما يغني عن حكمه ( مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، الجزء الأول ، ص ١٩٠ و ١٩٢ ) .

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, t. II, Nos. 146-149. — Maury, Observations sur la Jurisprudence en tant que source de droit privée français au milieu du XXe siècle, Etudes offertes à G. Ripert, 1950, t. I, pp. 28-50. — Waline, Le pouvoir normatif de la Jurisprudence, La technique et les principes du droit public, Etudes en l'honneur de G. Scelle, 1950, t. II, pp. 613-632.



## ١٢٢ - القضاء عند الرومان

عرف الرومان القضاء مصدرا من مصادر الالتزام بالقواعد القانونية عن طريق ما كان يصدره كل پريتور (Préteur) عند ولايته القضاء من منشور يضمنه القواعد القانونية التي يعتزم السير عليها والزام الناس بها ، ثم عن طريق « المنشور الدائم » الذي تكون من خلاصة المنشورات القضائية واستمر قائما حتى عهد الامبراطورية «<sup>١</sup>» .

## ١٢٣ - القضاء في القانون الانجليزى (٢)

وكذلك فما زال القانون الانجليزى الى اليوم يعرف للقضاء دوره كمصدر رسمى للقانون ، بل كمصدر من أهم مصادره . فالنظام القانونى الانجليزى يقوم فى جزء كبير منه على أساس السابقة القضائية ( précédent ) «<sup>٢</sup>» ، أى على أساس تقييد كل محكمة بأحكام المحاكم الأعلى منها درجة ، وتقييد المحاكم العليا بما سبق أن أصدرته هى نفسها من أحكام ؛ مما يجعل للحكم القضائى قوة الزام فى العمل فيما يطبق أو ينشئ من قاعدة قانونية ، فلا تجوز من بعد مخالفة هذه القاعدة القانونية أو الامتناع عن تطبيقها فى نزاع مماثل .

## ١٢٤ - القضاء فى اغلب القوانين الحديثة

أما فى غير القانون الانجليزى وما ينهج نهجه من قوانين الدول

---

(١) Marty et Raynaud, op. cit., No. 119, p. 201.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت، المرجع السابق، فقرة ١٠٢  
(٢) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Mohanna, Le rôle du Juge dans le droit anglais et dans le droit de l'Islam comparés, thèse Paris, 1930.

(٣) انظر فى ذلك :

Allen, Law in the making, pp. 225-298. — Goodhart, De précédent en droit anglais et continental, Annuaire de l'Institut international de philosophie du droit, Le problème des sources du droit, positif, 1934, pp. 37 et s.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرات ١٠٨ - ١١١ و ١١٣ . — سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١٧٤ ، ص ٢٧٤ .



الأنجلو سكسونية ، أى فى أغلب القوانين الحديثة — ومن بينها القانون المصرى والقانون الفرنسى — فلا يعتبر القضاء مصدرا رسميا للقواعد القانونية ، بل هو مجرد مصدر تفسيرى لها كالفقه سواء بسواء ، مع فارق واحد بينهما يرجع الى اختلاف وظيفتهما ، هو أن القضاء يستطيع تطبيق التفسير الذى يعطيه للقانون تطبيقا عمليا فيما يحكم فيه من أقضية ، بينما يظل تفسير الفقه نظريا مبسوطا فى بطون الكتب والمؤلفات لا يجد طريقه الى التطبيق العملى الا أن يأخذ به القضاء طوعا واختيارا ، اعترافا بما قد يكون لهذا التفسير من حجة وقوة علمية .

#### ١٢٥ — الجدل حول اعتبار القضاء مصدرا رسميا

ولعل هذا الفرق بين الفقه والقضاء ، وتوصل القضاء الى اعطاء تفسيره للقانون قوة فى نطاق العمل بتطبيقه هذا التفسير فعلا فى المنازعات المطروحة أمامه ، هو الذى يكمن وراء ما يراه بعض الفقهاء — وخاصة فى القانون الفرنسى — من اعتبار القضاء مصدرا من المصادر الرسمية للقواعد القانونية (١) .

(١) انظر فى هذا المعنى :

De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 293. — Marty et Raynaud, op. cit., Nos. 119, 120. — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 105 - 108 Maury, article précité. — Roubier, op. cit., p. 7. — Waline, article précité.

وانظر كذلك فى هذا المعنى فى القانون المصرى :

محمد على عرفه ، المرجع السابق ، ص ١٥٢ و ١٥٣ .

وانظر كذلك ما يراه بعض الفقهاء من اعتبار القضاء مصدرا شبيها بالرسمى للقانون المصرى ( عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق فقرة ١٤٠ ، وخاصة ص ١٨٨ ) .

ويبرر البعض اعتبار القضاء مصدرا رسميا للقواعد القانونية على أساس رضا المشروع الضمنى بسكوته على ما يبتدع القضاء من مبادئ واحكام (Waline, article précité, pp. 627 et s.) ، أو على أساس تقبل ذوى الشأن من الجمهور له ممثلين فى القضاة والفقهاء ورجال القانون (Maury, article précité, pp. 43, et s.).

انظر فى انتقاد هذه التبريرات :

Ripert, op. cit., No. 159, pp. 382, 383.



فالقضاء في نظرهم ، ان كان لا يعتبر مصدرا رسميا للقواعد القانونية حين يقتصر على التفسير بمعناه الضيق ، أى حين يطبق قاعدة قانونية واضحة لا تحتاج الى تاويل ، أو حين يعتمد الى قاعدة قانونية غامضة فيزيل ما بها من غموض ؛ الا أنه يعتبر على العكس من ذلك مصدرا للالزام بالقواعد القانونية حين يضطر الى التفسير بمعناه الواسع ، أى حين يضطر — أمام عدم وجود قواعد قانونية وضعية — الى الحكم فيما يطرح أمامه من منازعات لكيلا ينكل عن القضاء فيرتكب جريمة انكار العدل ، اذ هو بذلك انما يخلق قاعدة جديدة يعطيها قوة الالزام في العمل ، فيعتبر اذن ضمن المصادر الرسمية للقانون .

ويعين على القول — عند هؤلاء الفقهاء — باعتبار القضاء مصدرا رسميا للقواعد القانونية وجود محكمة عليا هي محكمة النقض رقية على أحكام المحاكم ، مما يمكن من توحيد القواعد القانونية التي يخلقها القضاء ويبتدعها عند عدم وجود قواعد وضعية تطبق على المنازعات المطروحة أمامه . بحيث يمكن أن يستخلص من أحكام القضاء المتعددة المتباينة بتباين ما حكمت فيه من أقضية ، وبفضل رقابة محكمة النقض وارشادها وتحكيمها بين الحلول والأحكام المتعارضة تحكيما تنزل المحاكم على احترامه ؛ بحيث يمكن أن يستخلص من ذلك اتجاه عام موحد للقضاء ، وقواعد ثابتة يستقر عليها ويلتزم بها فيما يعرض أمامه في المستقبل من أقضية متماثلة (١) . فترتفع هذه القواعد بذلك عن مجرد القواعد الخاصة بالموضوع لنزاع بعينه الى مرتبة القواعد العامة المجردة التي تتسع في الحال وفي الاستقبال لطائفة غير متناهية من الأفراد والروابط المتماثلة في صفاتها وشروطها ، مما يعطيها صفة القواعد القانونية بالمعنى الصحيح .

## ١٢٦ - القضاء مصدر تفسيري حيث لا يوجد نظام السوابق القضائية

ولكن الواقع أنه لا يمكن التسليم باعتبار القضاء مصدرا رسميا

(١) انظر في هذا المعنى بصفة خاصة :

De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., Nos. 294 - 296.



للقواعد القانونية في نظام قانوني لا يعترف بوجود سوابق قضائية ملزمة (١) . ذلك أن وظيفة القضاء تنحصر في مجرد تطبيق القواعد القانونية مما يفترض وجود هذه القواعد سلفا ، وتمام خلقها وتكوينها من قبل عن طريق سلطات أخرى غير سلطة القضاء .

فضلا عن أنه لكي يعتبر القضاء مصدرا رسميا للقانون — حتى في الحدود التي يقول بها بعض الفقهاء ، أي عند عدم وجود قاعدة من القواعد القانونية الوضعية يمكن تطبيقها — ينبغي أن تتوافر للحلول التي يخلقها القضاء وبيتدعها صفة القواعد القانونية ، بمعنى أنه يجب أن تتوافر لهذه الحلول التي تستقر عليها أحكام القضاء صفة العموم والتجريد من ناحية ، وصفة الالتزام من ناحية أخرى . فهل تتوافر حقيقة هاتان الصفتان في قضاء لا يستوى على أساس من السوابق الملزمة ؟ .

الواقع أن صفة العموم والتجريد مفقودة في الحلول التي ينشئها مثل هذا القضاء ، لأنها محدودة بالخصومات التي صدرت فيها فلا تتعداها إلى غيرها من الخصومات المستقبلية المتماثلة ، فهي إذن حلول خاصة لا ترتفع إلى مرتبة القواعد العامة المجردة .

ولا يطمئن في ذلك القول بأن المقصود هو الاتجاه العام الذي يستخلص من استقرار أحكام القضاء على حل معين ، لأنه حتى تكون لمثل هذا الاتجاه العام صفة القاعدة العامة المجردة ، ينبغي أن يكون اتجاهها تلتزم المحاكم جميعا ودون استثناء بالسير فيه والحكم بمضمونه كلما عرض نزاع متعلق بموضوعه ، وهو ما لا يتحقق دائما لأنه لا يوجد قانونا

(١) انظر في هذا المعنى :

Bonnetasé, Introduction à l'étude du droit, Nos. 113-118. — Génv, op. cit., t. II, Nos. 146-148. — Ripert, Les forces créatrices du droit, Nos. 4, 159-161.

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ١١٥ ، وفقرة ١٢٠ . — سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١٧٥ . — محمد علي أمام ، المرجع السابق ، فقرة ١٤٢ — فقرة ١٤٤ . — محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، فقرة ٧١ — فقرة ٧٣ .



ما يلزم محكمة من المحاكم باتباع اتجاه عام معين للقضاء ابتدعه وتواتر على السير فيه .

ومجرد قيام حق المحاكم قانونا في مخالفة هذا الاتجاه العام — ولو لم تخالفه فعلا — يمنع من توافر صفة العموم والتجريد له ، اذ لا يتوجه حينئذ هذا الاتجاه العام الى طائفة غير متناهية من الأشخاص والروابط المتماثلة بصفاتها وشروطها — كما هو الشأن في كل قاعدة قانونية — ، وانما يتوجه فحسب الى من ترغب كل محكمة رغبة اختيارية في اخضاعه من هذه الطائفة لحكم هذا الاتجاه ، فتحدد هذه الطائفة اذن برغبة المحاكم ، لا بصفات من يدخل فيها من أشخاص ، أو شروط ما ينطوى تحتها من روابط .

وهذا يكشف عن فقدان الصفة الثانية اللازم توافرها للحلول القضائية المبتدعة — حتى تعد من قبيل القواعد القانونية الوضعية — وهى صفة الالتزام . ففي نظام قانونى ، كالنظام المصرى أو الفرنسى ، لا يقوم على أساس السابقة القضائية الملزمة المعترف بها فى القانون الانجليزى ، يكون من العبث اذن وصف حلول القضاء أو اتجاهاته العامة المبتدعة بصفة القواعد القانونية الوضعية .

والقول بعكس ذلك استنادا الى أن وجود محكمة النقض كفىل بحمل بقية المحاكم على احترام ما تبتدعه أو تقره من حلول ، انما هو قول يخلط فى الحقيقة بين قوة الالتزام الأدبى وقوة الالتزام القانونى لأحكام محكمة النقض . فقضاء محكمة النقض سواء فى مصر أو فرنسا لا يتمتع بقوة الزام قانونى ، لا بالنسبة اليها هى نفسها ولا بالنسبة لما دونها من محاكم : فلا تثريب على محكمة النقض ان رجعت عن قضاء سبق أن استقرت عليه ، ولا جناح على المحاكم الدنيا ان خالفت عن قضاء ثبتت عليه محكمة النقض .

ولئن كان الحاصل فى العمل هو احترام المحاكم الدنيا عادة لما



استقر عليه قضاء محكمة النقض ، فليس ذلك الا احتراماً مبعثه مجرد الزام أدبى أو فعلى لا قانونى «<sup>١</sup>» ، يرجع الى ما تتمتع به محكمة النقض فى نفوس قضاة المحاكم الدنيا من توقير ومهابة ، والى مالها من سلطة تقض أحكام هذه المحاكم اذا لم تطبق القانون التطبيق الصحيح .

فالثابت اذن أن قضاء محكمة النقض لا يتمتع بقوة الزام قانونى تسبغ على الحلول التى يتدعها — فى مجال انعدام القواعد القانونية الوضعية — صفة هذه القواعد . ولا يكفى ما يتمتع به هذا القضاء من قوة الزام أدبى أو فعلى لاسباغ هذه الصفة عليها ، اذ يبقى قانوناً للمحاكم الدنيا حق المخالفة عنها ولو على حساب تعريض أحكامها للنقض .

وحتى فى الحالة الوحيدة التى يكون لقضاء محكمة النقض قوة الزام قانونى ، وهى الحالة التى نصت عليها المادة ٤٤٤/٢ من تقنين المرافعات المصرى ، أى الحالة التى تنقض فيها محكمة النقض — لغير سبب مخالفة قواعد الاختصاص — حكماً من الأحكام لخطأ فى تطبيق القانون ، وتحيل القضية الى دائرة أخرى فى نفس المحكمة التى أصدرت الحكم المنقوض لتحكم فيها من جديد ، بحيث تلتزم هذه الدائرة باتباع حكم محكمة النقض فى المسألة القانونية التى فصل فيها ؛ حتى فى هذه الحالة الوحيدة التى تلزم محكمة من المحاكم باتباع قضاء محكمة النقض ، فان هذا القضاء الملزم — فيما يتدع من حلول جديدة — لا يكون قاعدة قانونية بالمعنى الصحيح ، لأنه قضاء خاص بنزاع معين لا يعدوه الى غيره من المنازعات والخصومات المتماثلة الحاضرة أو المستقبلية ، فلا تتوافر له اذن صفة العموم ولا صفة التجريد .

#### ١٢٧ — القضاء مصدر تفسيرى فى القانون المصرى

يخلص من كل ذلك أن القول باعتبار القضاء مصدراً رسمياً للقواعد القانونية قول غير صحيح فى دول كمصر وفرنسا لا وجود فيها للسابقة القضائية المعترف بقوتها الملزمة فى الدول الأنجلو سكسونية .



فالقضاء اذن — وعلى الأخص في القانون المصري — مجرد مصدر تفسيري . وهذا واضح كل الوضوح من أن المادة الأولى من التقنين المدني الجديد وهي تعدد المصادر الرسمية للقانون المصري لم تذكر القضاء من بينها . وهو ما يتأكد كذلك من حذف الفقرة الثالثة من المادة الأولى من مشروع التقنين المدني التي كانت تنص على أن القاضي يستلهم « الأحكام التي أقرها القضاء ... مصريا كان أو أجنبيا » . فرغم ما هو ظاهر من أن هذا النص كان لا يعنى الا الرجوع الى أحكام القضاء على سبيل الاستئناس لا الالتزام ، الا أنه رؤى أن من الأوضح حذفه حتى لا ينصرف الذهن الى الالتزام بهذه الأحكام واعتبار القضاء بالتالى مصدرا رسميا للقانون المصري . وليس في حذف مثل هذا النص على أى حال ما يضير ، ففي القواعد العامة ما يعنى عن حكمه « ١ » .

واذا كان القضاء مجرد مصدر تفسيري على هذا النحو ، فلا ينفى ذلك أن دوره يبقى فعالا وكبيرا في الحياة القانونية ، اذ هو الميدان الذى تعرض فيه صور عملية شتى لتطبيق القواعد القانونية المجردة ، وهو الأداة التي تعين على جعل القانون دائما متمشيا مع ما يستجد في الحياة الاجتماعية من مطالب وحاجات .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، الجزء الأول، ص ١٩٩ .



## المبحث الثاني

### المصادر الرسمية للقانون المصرى

#### ١٢٨ - تمهيد وتقسيم

استعرضنا بوجه عام - حتى الآن - المصادر الرسمية المختلفة للقواعد القانونية فى مختلف الجماعات • ويعيننا فيما يلى أن تقف على المصادر الرسمية للقانون المصرى بوجه خاص •

ولقد انتهينا - فيما سبق - الى استبعاد الفقه والقضاء من عداد المصادر الرسمية للقواعد القانونية فى القانون المصرى • فلا يبقى اذن - مما تعرفه الجماعات عموما من مصادر رسمية - الا التشريع والعرف والدين •

وهذه المصادر الثلاثة هى التى يعرفها القانون المصرى الحديث مصادر رسمية لقواعده ، وان كان قد تفاوت حظه من الاعتماد عليها تفاوتا كبيرا • فقد كانت الشريعة الاسلامية هى السائدة فى مصر منذ الفتح الاسلامى باعتبارها الشريعة العامة فكانت أهم مصادر الالتزام بالقواعد القانونية عموما ، الا بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية الخاصة بغير المسلمين ، اذ كان المرجع فيها الى ديانات الخصوم وملهم المختلفة • وكان حظ العرف والتشريع ضئيلا متواضعا الى جنب الشريعة الاسلامية •

ثم كان أن أنشئت فى أول الربع الأخير من القرن الماضى المحاكم المختلطة ثم المحاكم الأهلية ، ووضعت لها تقنيات متعددة على غرار التقنيات الفرنسية التى صدرت فى مستهل القرن الماضى • فقفز بذلك التشريع الى مكان الصدارة بين المصادر الرسمية للقانون المصرى • وانكمش نطاق الشريعة الاسلامية انكماشاً كبيراً ، حتى كادت تساوى الشرائع والملل الدينية الأخرى من حيث انحصارها فى مجرد الالتزام بقواعد



الأحوال الشخصية • بل ان هذا النطاق ذاته ظل يضيق ويتراجع أمام امتداد التشريع الى تناول بعض مسائل الأحوال الشخصية ، مما أصبح معه الدين — على اختلاف أنواعه باختلاف عقائد الخصوم — مجرد مصدر رسمى للبعض من مسائل الأحوال الشخصية التى ظلت بمنأى عن تدخل التشريع • وبقي للعرف دوره كمصدر رسمى للقانون المصرى الى جنب التشريع والدين •

وعند اعداد التقنين المدنى الجديد — الذى وضع موضع التنفيذ منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ وهو أجل انتهاء المحاكم المختلطة وتوحيد القانون والقضاء بالنسبة للمصريين والأجانب على السواء — رأى أن يفرد للشرعة الاسلامية بين مصادر القانون المصرى الرسمية — فضلا عن مركزها كمصدر رسمى فى بعض مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة الى المسلمين — مركز خاص فى غير مسائل الأحوال الشخصية ، بحيث يرجع اليها — عند قصور قواعد التشريع والعرف — بالنسبة الى الجميع مسلمين وغير مسلمين • فنصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين المدنى الجديد على أنه اذا « لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية . . . » •

ويراعى أن هذا النص ، بعد أن أوجب الحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية عند عدم وجود تشريع أو عرف ، مضى فأوجب الحكم — عند عدم وجود مبادئ للشريعة الاسلامية — بمقتضى « مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة » • وعندنا أن الاحالة على مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة لا تخلق من هذه المبادئ وتلك القواعد مصدرا رسميا بالمعنى الاصطلاحي الدقيق ، فهذه الاحالة لا تعدو أن تكون رجوعا بالقاضى الى جوهر القانون ، أى الى المصادر



المادية أو الموضوعية للقاعدة القانونية يستلهم منها الحل ، وهو ما نعرض له في موضعه الطبيعي عند الكلام في تفسير القاعدة القانونية .

وعلى هذا النحو نستطيع أن نقول ان المصادر الرسمية للقانون المصرى هى : أولا ، فى مسائل الأحوال الشخصية : الدين أى الديانات المختلفة فى مصر باختلاف عقائد المصريين . وثانيا ، فى غير مسائل الأحوال الشخصية : التشريع ، ثم العرف ، ثم الشريعة الاسلامية .

غير أن هذه المصادر الرسمية ليست جميعا فى مرتبة واحدة : فبعضها مصادر أصلية تطبق قواعدها ابتداء ومباشرة قبل الرجوع الى أى مصدر رسمى آخر ، كالتشريع ممن ناحية ، والدين فى حدود اختصاصه أى فى بعض مسائل الأحوال الشخصية من ناحية أخرى . وبعضها مجرد مصادر احتياطية لا تطبق الا عند عدم وجود نص فى التشريع ، وهى العرف ثم الشريعة الاسلامية .

وعلى هذا النحو نعرض للمصادر الرسمية للقانون المصرى فى مطلبين:

- المطلب الأول — فى المصادر الأصلية .
- المطلب الثانى — فى المصادر الاحتياطية .

✓



## المطلب الاول

### المصادر الاصلية

#### ١٢٩ - ازدواج المصدر الاصلى للقانون المصرى

قلنا ان المصادر الرسمية الاصلية يقصد بها الدلالة على تلك المصادر التى تطبق قواعدها مباشرة وابتداء ، فيرجع اليها - عند التطبيق - قبل الرجوع الى أى مصدر رسمى آخر .

والمصادر الرسمية الاصلية فى القانون المصرى مصدران : مصدر اُصلى عام هو التشريع ، ومصدر اُصلى خاص هو الدين . والمقصود من اعتبار التشريع مصدر اُصليا عاما ، الدلالة على ماله من اختصاص عام فى الالتزام ابتداء بالقواعد القانونية ، فاخصاصه اذن لا يقتصر على مسائل معينة ، وانما يمتد ويعم كل المسائل التى يتعرض لها القائلون ، بحيث تكون قواعده هى المرجع الاول فى كل المسائل عموما الا ما يستثنى منها استثناء بحثا بالاحالة فى شأنها ابتداء الى مصدر رسمى آخر . أما اعتبار الدين مصدرا اُصليا خاصا ، فالمقصود منه الدلالة على أن الأديان المختلفة السائدة فى مصر - باختلاف عقائد المصريين وملهم - هى المرجع الاول فى حدود مسائل معينة محددة لا تعدوها ، هى بعض مسائل الأحوال الشخصية .

وقد دعا الى هذا الازدواج فى المصدر الاصلى فى القانون المصرى ، ما ثبت فى مصر من تقاليد منذ الفتح الاسلامى من اعتبار مسائل الأحوال الشخصية وثيقة الصلة بالدين ، وترك غير المسلمين وما يدينون بشأنها بحيث يخضع كل منهم - فى مسائل الأحوال الشخصية - لأحكام دينه وملته ، وتطرح المنازعات المتعلقة بها أمام مجلس قضاة الدينى أو الملى .



فكان من الفسير - ومثل هذه التقاليد ما زالت راسخة في النفوس - توحيد القواعد القانونية في كل مسائل الأحوال الشخصية عن طريق التشريع .

وسنرى من بعد أن هذا الازدواج كان معيبا ، اذ يقضى على ما يجب أن يقوم بين المصريين جميعا من وحدة في القانون ووحدة في الهيئة القضائية . ولكننا سنرى أن المشرع المصري قد ابتدأ أخيرا السير في طريق هذه الوحدة بتوحيد الاختصاص القضائي في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة الى الجميع دون تفريق بين الأديان ، وبتوحيد القواعد القانونية كذلك بالنسبة الى الجميع في شأن بعض مسائل الأحوال الشخصية المحدودة ، مما يبشر بقرب استكمال تلك الوحدة بعد قرون طويلة من تعدد قواعد القانون وتفرق جهات القضاء بين المصريين بتعدد دياناتهم وتفرق مللهم .

وظاهرة ازدواج المصدر الأصلي للقانون المصري ، هي التي تحدد لنا نهج البحث في شأنه . ولذلك نتكلم أولا في التشريع بوصفه المصدر الأصلي العام . ثم في الدين بوصفه المصدر الأصلي الخاص .

## أولا - التشريع المصدر الاصل العام

### ١٣٠ - تمهيد وتقسيم

سبق أن أشرنا الى أن العرف كان أسبق المصادر الرسمية الى الوجود ، فكان حظ التشريع الى جنبه ضئيلا في الجماعات القديمة غير أن الوضع قد انقلب في العصر الحديث فأصبح التشريع - في أغلب الجماعات اليوم - في المرتبة الأولى بين مصادر القانون الرسمية . ومرد ذلك الى تعدد ضروب النشاط في الجماعات الحديثة ونضخم حاجاتها وتعقدتها وتعارض المصالح فيها وتشابكها ، مما يحتاج الأمر معه - نظرا



الى وفرة القواعد القانونية الواجب فرضها — الى سرعة سننها من ناحية ،  
والى حسن صياغتها صياغة فنية دقيقة من ناحية أخرى ؛ وهو ما لا يتوافر  
الا للتشريع ، الذى تقوم على شئونه هيئة أو هيئات معينة متخصصة فى  
سن القواعد القانونية وصياغتها ، بما يتوافر لها من خبرة بأدوات القانون  
ووسائله وبصر بأهدافه وغاياته • فضلا عن أن رواج المذاهب الاجتماعية  
والاشتراكية فى العصر الحديث — وهى التى تقوم على أساس من تدخل  
الدولة تدخلا مباشرا فى كل مظاهر النشاط فى الحياة الاجتماعية — قد مكن  
للتشريع فى الأهمية ، فهو أداة الدولة ووسيلتها الى التدخل المنشود •

وقد احتل التشريع فى القانون المصرى المرتبة الأولى بين مصادره منذ  
صدور التقنيات المصرية المختلفة — المختلطة منها والأهلية — فى أوائل  
الربع الأخير من القرن الماضى • فمنذ ذلك الوقت صار التشريع هو المصدر  
الأصلى العام للقانون المصرى أى صارت كل المسائل عامة — الا ما استثنى  
— خاضعة أصلا وابتداء لقواعد التشريع •

ويراعى أن الدولة فى مصر كانت يدها مغلولة أو مقيدة فى شئون  
التشريع بالنسبة الى الأجانب نظرا الى ما كانوا يتمتعون به من امتيازات فى  
هذا الشأن • ثم تمكنت مصر من استعادة سيادتها الكاملة فى شئون  
التشريع بالنسبة الى الأجانب ، بمقتضى الاتفاقية التى عقدتها مع الدول  
صاحبات الامتياز سنة ١٩٣٧ ، وهى المعروفة باسم « اتفاقية منترو » •  
فقد نصت المادة الأولى من هذه الاتفاقية على أنه « تعلن الدول المتعاقدة  
كل فيما يخصها قبول إلغاء الامتيازات فى القطر المصرى النباء تاما من  
جميع الوجوه » • ونصت المادة الثانية منها على أنه « مع مراعاة مبادئ  
القانون الدولى ، يخضع الأجانب للتشريع المصرى فى المواد الجنائية  
والمدينة والتجارية والادارية والمالية وغيرها » •

ويقتضينا البحث فى التشريع باعتباره مصدرا رسميا للقانون المصرى ،  
أن نعرض أولا لتعريفه وبيان خصائصه • ثم نتطرق من ذلك الى تحديد



السلطات التي تملك في مصر سن التشريع ، وفي سبيل ذلك تقف على ظاهرة تحكم التشريع هي ظاهرة تدرجه • غير أن سن التشريع — على اختلاف درجته — لا يعنى نفاذه ، ولذلك تتعرض لبيان اجراءات هذا النفاذ • فاذا أصبح التشريع نافذا وجب الوقوف على ما قد يكون للقضاء من رقابة على صحته ، وهي رقابة تمليها ظاهرة تدرجه وخضوع الأدنى منه للأعلى • ثم نختم الكلام في التشريع بعرض صورة معينة منه هي « التقنين » لنقف على نشوئه وتطور حركته في مصر •

### § ١ - خصائص التشريع

#### ١٢١ - تمهيد

التشريع هو قيام سلطة عامة مختصة في الدولة بالتعبير عن القاعدة القانونية والتكليف بها في صورة مكتوبة ، أو هو قيام هذه السلطة بصياغة القاعدة القانونية صياغة فنية مكتوبة واعطائها قوة الالتزام في العمل • ويطلق اصطلاح التشريع كذلك على ذات القاعدة التي تصدر عن هذا المصدر ، وعلى هذا النحو يقصد بالتشريع كل قاعدة قانونية تصدر في وثيقة رسمية مكتوبة عن سلطة عامة مختصة في الدولة •

ومن هنا يتميز التشريع بأنه يضع أولا قاعدة قانونية ، وبأنه يصدر ثانيا في صورة مكتوبة ، وبأنه يصدر ثالثا عن سلطة عامة مختصة • فتكلم في كل هذه الخصائص على التوالي :

#### ١٢٢ - التشريع يضع قاعدة قانونية

يقصد بذلك أن يضع التشريع قاعدة ملزمة للسلوك عامة مجردة • ولذلك لا يعتبر تشريعا أو قاعدة تشريعية الأمر الذي يصدر عن سلطة عامة مختصة في الدولة خاصا بشخص معين بذاته أو متعلقا برابطة أو واقعة معينة بذاتها ؛ لأن مثل هذا الأمر — وإن صدر عن سلطة عامة مختصة



بإصداره - لا يضع قاعدة عامة مجردة للسلوك ، اذ لا يتوجه الى طائفة غير محدودة من الأفراد يتعين من يدخل فيها بصفته لا بذاته ، ولا الى طائفة غير متناهية من الروابط أو الوقائع يتحدد الدخول فيها بشروط معينة . فالتشريع اذن - وهو تعبير عن القاعدة القانونية والزام عملي بها - ينبغي أن تتوافر له كل صفات القاعدة القانونية التي سبق بيانها .

ومن هنا ، تفهم التفرقة التي يذهب اليها بعض الفقهاء بين التشريع بالمعنى الشكلي وبين التشريع بالمعنى الموضوعي أو المادي «<sup>(١)</sup>» . فالحكم الذي يصدر في صورة مكتوبة عن السلطة التشريعية يعتبر تشريعا من الناحية الشكلية ولو لم تتوافر فيه خصائص القاعدة القانونية، بينما لا يصدق وصف التشريع من الناحية الموضوعية على الأحكام التي تتخلف فيها خصائص القاعدة القانونية رغم صدورها عن السلطة التشريعية . وواضح أن اعتبار التشريع مصدرا رسميا للقاعدة القانونية لا يمكن أن يؤخذ بهذا الوصف الا بمعنى الشكلية والموضوعي معا . وعلى ذلك ، فاذا كان الدستور الجديد ينص على أنه « لا يجوز منح احتكار الا بقانون والى زمن محدود » ( م ٩٩ ) ، فان القانون أو التشريع الصادر بمنح الاحتكار لا يعتبر قانونا بالمعنى الموضوعي لتخلف صفة العموم والتجريد فيه وهي من خصائص القاعدة القانونية الرئيسية ، وان كان يعتبر قانونا بالمعنى الشكلي لصدوره عن السلطة التشريعية العادية «<sup>(٢)</sup>» . وكذلك فاذا كانت ميزانية الدولة تصدر في صورة قانون أو تشريع ، فان هذا الوصف صحيح من الناحية الشكلية وحدها دون الناحية الموضوعية «<sup>(٣)</sup>» .

(١) انظر :

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 198. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 78. — Del Vecchio, op. cit. pp.: 307 ; 308.

(٢) في هذا المعنى :

Marty et Raynaud, ibid.

(٣) قارن مع ذلك :

Del Vecchio, op. cit., p. 308.



### ١٣٣ - التشريع يصدر في صورة مكتوبة

يقصد بذلك أن يخرج التشريع الى الوجود في صورة وثيقة مكتوبة تحدد معناه وتنص على الزامه . فيتاح بذلك للقاعدة القانونية التي يتضمنها — عن طريق الأنفاظ التي تفرغ فيها افراغا كتابيا — التحديد والثبات اللذان يدفعان عنها الغموض والابهام . وان يكن تقييد معنى القاعدة القانونية بلفظ معين مكتوب ، قد يدفع القاعدة نفسها الى نوع من الجمود يقف بها عن مسaire التطور في الجماعة والاستجابة لما يجد من حاجاتها<sup>(١)</sup> .

وأيا ما كان الأمر ، فتميز التشريع بثبوته عن طريق الكتابة<sup>(٢)</sup> ، يفرق — من هذا الناحية — بينه وبين العرف الذي لا يفرغ في لفظ مكتوب أو وثيقة مسطورة ، بل يظل معنى يستخلص من تواتر العمل في الجماعة بسنة معينة مع الاعتقاد في الزام هذه السنة .

ولعل وضع التشريع — دون العرف — في صيغة مكتوبة ، يجعل للأول حظا أوفر من الدقة والتحديد والوضوح مما يحقق الاستقرار والأمن في المعاملات ، وان كان يجعل للثاني حظا أوفر من المرونة والقدرة على التكيف وفقا لحاجات الجماعة وتطورها .

### ١٣٤ - التشريع يصدر عن سلطة عامة مختصة

ليست القاعدة التشريعية بالقاعدة القانونية التي تتكون آليا دون تدخل ارادة عاقلة بصيرة واعية ، بل هي قاعدة تتولى وضعها والالزام بها

---

(١) وهنا تبدو أهمية الصياغة المرنة ودورها الكبير في تلافى مثل هذا الجمود ( انظر ما تقدم ص ٢٣٠ و ٢٣١ ) .

(٢) الفرض ان تكون الوثيقة المكتوبة المتضمنة للتشريع وثيقة رسمية صادرة عن السلطة المختصة ؛ لذلك كان اختلاف العرف عن التشريع من هذا الوجه . وهو اختلاف يظل قائما حتى ولو قام بعض الفقهاء بتجميع قواعد العرف في كتاب ، اذ تكون الكتابة هنا عملا فرديا مستقلا عن قواعد العرف نفسها التي نشأت وتكونت في الجماعة في صورة عملية غير مكتوبة .



سلطة عامة مختصة في الجماعة أو الدولة بما لها من حق السيادة فيها .  
وبذلك يبدو - في التشريع - دور الإرادة واضحا جليا في تكوين القاعدة  
القانونية من حيث الشكل .

وتولى سلطة عامة مختصة في الدولة وضع القواعد القانونية والالزام  
بها ، صار في العصر الحديث - بعد أن تضخمت الجماعات عما كانت عليه  
في القديم وتعقدت حاجاتها ومطالبها - أمرا ضروريا يقتضيه ما تحتاجه  
هذه الجماعات من سرعة في الانتاج القانوني ، وصياغة فنية دقيقة له تيسره  
للتطبيق العملي في تحديد ووضوح يحققان الاستقرار والأمن في المعاملات .  
فلم يعد في الامكان - كما كانت تفعل الجماعات القديمة - الركون الى  
العرف والاعتماد عليه بصفة أساسية ، وهو المعروف ببطء انتاجه ، نظرا  
لما يحتاجه من وقت طويل حتى يتكرر العمل به ويقدم ، وحتى تثبت لدى  
الأفراد العقيدة في الزامه .

ورغم ما يمتاز به التشريع من سرعة في الانتاج ، فان هذه السرعة  
- ان لم تصاحبها العناية الواجبة - قد تنجم عنها مضار جمة . فقد يغلب  
المشرع عامل السرعة على عامل الدقة في الصياغة ، مما لا يؤمن معه خروج  
التشريع معييا أو قاصرا أو متعارضا مع غيره من التشريعات . وهو ما يضطر  
المشرع الى الاسراع في تعديله ، ثم موالاة هذا التعديل السريع بتعديل  
آخر وهكذا . . . حتى تكثر التشريعات في نفس الموضوع كثرة كبيرة  
تخل بالاستقرار والثبات الواجب للمعاملات ، وتثير مشاكل دقيقة من  
التنازع الزماني بين هذه التشريعات المتلاحقة .

وفضلا عن ذلك فان انتشار المذهب الاجتماعي أو الاشتراكي اليوم  
هو الذي ركز - بما يستتبع من تدخل الدولة في كل شئون الحياة  
والنشاط في الجماعة تدخلا متزايدا - حق وضع القواعد القانونية  
والالزام بها بين يدي الدولة بسلطاتها التشريعية المختصة تحقيقا للصالح  
والعدل العام .



## ٢٤ - سن التشريع

### ١٢٥ - تمهيد

تحديد السلطة العامة المختصة بسن التشريع في الدولة أمر يتفاوت تفاوتاً كبيراً باختلاف الدول والدساتير . فهي حيناً في يد ملك أو حاكم مطلق . وهي غالباً - في الدول الحديثة اليوم - والديمقراطية منها - على الأخص - في يد مجلس أو مجلسين منتخبين من الشعب ، قد يشاركهما رئيس الدولة بما يكون له من حق التصديق أو الاعتراض . وقد تعطى السلطة التنفيذية - إلى جوار المجالس النيابية - حق التشريع في مسائل معينة .

والواقع أن تحديد من له حق التشريع من سلطات الدولة أمر يخضع لظاهرة تحكم التشريع هي ظاهرة تدرجه ، إذ يقابل هذا التدرج في التشريع تدرج في السلطات التي تملك سنه ، فالتشريع درجات ثلاث بعضها فوق بعض : أعلاها هو التشريع الأساسي أو الدستور ، وأوسطها هو التشريع العادي أو ما يسمى بعض الفقهاء بالتشريع الرئيسي ، وأدناها هو التشريع الفرعي .

فنأخذ الآن في بيان كل درجة من هذه الدرجات الثلاث ، حتى نقف على السلطة المختصة بسن كل منها .

### ١٢٦ - التشريع الأساسي

يقصد بالتشريع الأساسي التشريع الذي يضع أساس بناء الدولة أي يضع نظام الدولة ودستور الحكم فيها ، فيحدد شكل الحكم في الدولة ، وتعدد السلطات العامة فيها ، وتوزع الاختصاصات بينها ، وعلاقاتها بالأفراد .

والتشريع الأساسي إما أن يصدر كمنحة من الملك أو صاحب السلطان في الدولة ، وإما أن يصدر في صورة عقد بين صاحب السلطان والشعب ،



وأما أن تسنه جمعية تأسيسية منتخبة عن الشعب ، وأما أن يسنه الشعب مباشرة عن طريق الاستفتاء . وواضح أن الصورتين الأخيرتين التي يسن عن طريقهما التشريع الأساسى تستجيبان للمبدأ الديمقراطى ولاعتبار الأمة أو الشعب مصدر السلطات .

ورغم أن سن الدستور عن طريق الاستفتاء الشعبى فيه استجابة لهذا المبدأ وذلك الاعتبار بوسيلة مباشرة ، فإننا نفضل عليه طريق سن الدستور بواسطة جمعية تأسيسية حيث يفسح المجال لتمحيص أحكامه تفصيلا ، وهو ما يستحيل تحقيقه فى الاستفتاء حيث يجب اما قبول مشروع الدستور المعروض برمته أو رفضه بكامله ، وهو مالا يترك فرصة حقيقيه للاختيار ، اذ قد يضطر الشعب الى تفضيل الموافقة على دستور لا يقر بعض أحكامه لتجنب البلاد عواقب رفضه من تركها محكومة لفترة أخرى — حتى يوضع مشروع آخر يرتضيه — حكما استثنائيا دون دستور . ولا بأس على أى حال — بل قد يكون أفضل — سن الدستور بشكل يجمع بين طريق الاستفتاء وطريق الجمعية التأسيسية ، بأن تتولى جمعية منتخبة عن الشعب وضع مشروع دستور توافق عليه بعد مناقشة أحكامه مناقشة كاملة تفصيلية ، على أن يطرح من بعد للاستفتاء الشعبى .

وعلى أى حال ، فإن الدستور المصرى لسنة ١٩٢٣ قد صدر حينذاك بأمر ملكى ، ولذلك فالراجح فى الفقه الدستورى المصرى أنه كان منحة من الملك الى الشعب المصرى ، خاصة وقد كانت ديباجته توحى بذلك . أما الدستور الجديد ، فقد أعدت مشروعه الحكومة وطرحته للاستفتاء فى ٢٣ يونيه سنة ١٩٥٦ فنال الموافقة الشعبية .

وينبغى أن يراعى أن التشريع الأساسى أو الدستور، اما أن يكون دستورا مرنا يكفى لتعديل أحكامه أو إلغاؤها صدور قانون أو تشريع عادى عن السلطة التشريعية كما هو الشأن فى تعديل أو إلغاء القوانين العادية، وأما أن يكون دستورا جامدا لا يتأتى تعديله أو إلغاؤه عن هذا الطريق بل



يجب لذلك اتباع اجراءات وشروط خاصة • وواضح أن الدساتير الجامدة — على خلاف الدساتير المرنة — تعين على توفير ما يجب للتشريع الأساسى فى الجماعة من استقرار كاف بمنع كثرة التغير والتبدل فى أحكامه • والدستور المصرى الجديد — كدستور سنة ١٩٢٣ — من الدساتير الجامدة ، اذ يتطلب اجراءات طويلة وشروط عسيرة لامكان تعديله «١» •

### ١٣٧ — التشريع العادى

يقصد بالتشريع العادى — وهو ما يسميه بعض الفقهاء التشريع الرئيسى — التشريع الذى تسنه السلطة التشريعية فى الدولة فى حدود اختصاصها المبين فى الدستور • ويطلق على هذا النوع من التشريع فى العمل اسم «القانون» ( La Loi ) • وغنى عن البيان أن اصطلاح «القانون» هنا بمعناه الخاص كوثيقة مدونة تصدر عن السلطة التشريعية لا يختلف عن اصطلاح « القانون » بمعناه العلم ( Le Droit ) كمجموع قواعد السلوك الملزمة للأفراد فى المجتمع ؛ وقد سبقت الإشارة الى ذلك من قبل «٢» •

والأصل أن سن التشريع العادى تقوم به السلطة التشريعية ، وإن كانت الدساتير تنص عادة على اشتراك رئيس الدولة مع السلطة التشريعية

---

(١) تنص المادة ١٨٩ من الدستور الجديد على أن «لكل من رئيس الجمهورية ومجلس الأمة طلب تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور ، ويجب أن يذكر فى طلب التعديل المواد المطلوب تعديلها والأسباب الداعية الى هذا التعديل • فإذا كان الطلب صادرا من مجلس الأمة ، وجب أن يكون موقعا من ثلث أعضاء المجلس على الأقل • وفى جميع الأحوال يناقش المجلس مبدأ التعديل ويصدر قراره فى شأنه بأغلبية أعضائه ؛ فإذا رفض الطلب لا يجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل مضي سنة على هذا الرفض • وإذا وافق مجلس الأمة على هذا التعديل ، يناقش بعد ستة أشهر من تاريخ هذه الموافقة المواد المراد تعديلها ؛ فإذا وافق على التعديل ثلثا عدد أعضاء المجلس عرض على الشعب لاستفتائه فى شأنه • فإذا ووفق على التعديل ، اعتبر نافذا من تاريخ اعلان الاستفتاء » •

(٢) انظر ما تقدم ، فقرة ١ • /



في هذه الوظيفة أو مراقبته لها اما عن طريق ما تعطيه له من حق اقتراح القوانين أو من حق التصديق أو الاعتراض «١» على ما تسنه السلطة التشريعية منها . وقد كان الدستور المصري لسنة ١٩٢٣ ينهج هذا النهج، وكذلك الحال مع اختلاف يسير في الدستور الجديد .

فالسلطة التشريعية قد غدت في الدستور الجديد مكونة من مجلس واحد هو مجلس الأمة ( م ٦٥ ) بعد أن كانت مكونة من مجلسين في الدستور القديم . وحق اقتراح القوانين ، ثابت لرئيس الجمهورية ( م ١٣٢ ) ، ولأى عضو من أعضاء مجلس الأمة ( م ٨٣ ) «٢» . ويحال مشروع القانون المقدم من رئيس الجمهورية الى احدى لجان المجلس لفحصه وتقديم تقرير عنه ( م ٨٢ ) . أما مشروع القانون الذى يقترحه عضو أو أكثر من أعضاء مجلس الأمة ، فيحال الى لجنة لفحصه وإبداء الرأى فى صلاحيته لجواز نظر المجلس فيه ؛ فاذا رأى المجلس نظره ، أحاله الى احدى لجانه لفحصه وتقديم تقرير عنه ( م ٨٣ ) .

ثم يطرح مشروع القانون بعد ذلك على مجلس الأمة لمناقشته والتصويت عليه ، ويجب أخذ الرأى فيه مادة مادة ( م ٨٤/٢ ) . ولا تتم الموافقة عليه — فى غير الحالات التى تشترط فيها أغلبية خاصة — الا

(١) انظر مع ذلك ما يذهب اليه بعض الفقهاء من عدم اعتبار حق الاقتراح والاعتراض مشاركة فى ممارسة السلطة التشريعية : السيد صبرى مبادئ القانون الدستورى ، الطبعة الرابعة ، ١٩٤٩ ، ص ٣٢٦ و ٣٢٧ و ٣٣١ و ٣٤٢ — ٣٤٤ .

(٢) كان الاصطلاح جاريا فى ظل الدستور القديم على التفرقة فى الاسم بين ما يقترحه رئيس الدولة وما يقترحه أعضاء البرلمان من قوانين بتسمية الأولى « مشروعات قوانين » ( projets de loi ) والثانية « اقتراحات قوانين » ( propositions de loi ) . ولكن يبدو أن الدستور الجديد يغفل هذه التسمية فيطلق اصطلاح « مشروعات القوانين » على كل ما يقدم الى مجلس الأمة من اقتراحات القوانين سواء كان مقترحها رئيس الجمهورية أو أحد أعضاء المجلس ( انظر م ٨٣ و ٨٥ من الدستور ) .



بالأغلبية المطلقة للحاضرين من الأعضاء؛ وعند تساوى الآراء يعتبر المشروع مرفوضاً ( م ٨١ ) • ويمتنع في حالة رفض مشروع قانون مقدم من أحد أعضاء مجلس الأمة ، تقديمه ثانية في دور الانعقاد ذاته ( م ٨٥ ) •

والأصل أن موافقة مجلس الأمة تعتبر كافية لاتمام عملية سن التشريع ، ولكن الدستور الجديد يعطى رئيس الجمهورية الحق في الاعتراض على مايسنه مجلس الأمة من قوانين • وهو مجرد اعتراض توقيفى «١» ، يعتبر محاولة من جانب رئيس الجمهورية لحمل مجلس الأمة على المدول عن القانون محل الاعتراض ، باجباره — رغم سبقه الموافقة عليه — على اعادة النظر فيه من جديد بحيث يمتنع عليه الموافقة عليه ثانية الا بأغلبية خاصة معينة دون اكتفاء بالأغلبية العادية المطلقة • فبعد أن تنص المادة ١٣٢ من الدستور الجديد على أن لرئيس الجمهورية حق الاعتراض على القوانين ، تقضى المادة ١٣٣ بأنه « اذا اعترض رئيس الجمهورية على مشروع قانون ، رده الى مجلس الأمة في مدى ثلاثين يوما من تاريخ ابلاغ المجلس اياه • فاذا لم يرد مشروع القانون في هذا الميعاد اعتبر قانونا وأصدر » ؛ وتقضى المادة ١٣٤ بأنه « اذا رد مشروع القانون في الميعاد المتقدم الى المجلس وأقره ثانية بموافقة ثلثي أعضائه اعتبر قانونا وأصدر » •

فكأن عملية الاعتراض تنتهى اذن الى مجرد ايقاف القانون الذى أقره مجلس الأمة توقفا على اقراره اياه من جديد بأغلبية كبرى هي أغلبية الثلثين • وهى بذلك تعتبر وسيلة فى يد السلطة التنفيذية للضغط على

---

(١) اذا كان دستور ١٩٢٣ يوحى بأن للملك حق التصديق على القوانين التى يوافق عليها البرلمان ، فان هذه التسمية لم تكن دقيقة اذ لم يكن هذا الحق فى الواقع الا مجرد حق اعتراض توقيفى ( Veto Suspensif ) (انظر فى هذا المعنى : السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٣٣٥ — ٣٤٤ — عبد الحميد متولى ، الوسيط فى القانون الدستورى ، ١٩٥٦ ، ص ٥٧١ و ٥٧٢ ) •



السلطة التشريعية بما يحقق التوازن المرغوب بين السلطتين «<sup>١</sup>» ، ولكن تبقى للسلطة التشريعية على أى حال الكلمة الأخيرة اذا حشدت للموافقة على القانون من جديد مثل هذه الأغلبية الكبيرة ، فيعتبر حينئذ — رغم الاعتراض — قانونا واجب الاصدار .

واذا كان الأصل أن السلطة التشريعية هي التي تقوم بسن التشريع العادى ، فاستثناء من ذلك تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في سنه في حالتين ، حالة الضرورة ، وحالة التفويض .

(١) تشريع الضرورة : تنص المادة ١٣٥ من الدستور الجديد على حق السلطة التنفيذية — أمام غيبة مجلس الأمة — فى اصدار مثل هذا التشريع الذى تستوجبه الضرورة ، بقولها « اذا حدث فيما بين أدوار انعقاد مجلس الأمة ، أو فى فترة حله ، ما يوجب الاسراع فى اتخاذ تدابير لاتحتمل التأخير ، جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر فى شأنها قرارات تكون لها قوة القانون . ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الأمة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها اذا كان المجلس قائما ، وفى أول اجتماع له فى حالة الحل . فاذا لم تعرض ، زال باثر رجعى ما كان لها من قوة القانون بغير حاجة الى اصدار قرار بذلك . أما اذا عرضت ولم يقرها المجلس ، زال باثر رجعى ما كان لها من قوة القانون ، الا اذا رأى المجلس اعتماد تفادها فى الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر » .

فقيام حالة من حالات الضرورة التى تستدعى الاسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير عن طريق التشريع ، وانعدام الأداة التشريعية نظرا لحل مجلس الأمة ، أو تخلفها نظرا لعطلته فيما بين دورين من أدوار انعقاده، هو الذى يبرر الخروج على الأصل من استئثار السلطة التشريعية — أى

---

(١) انظر : السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٣٤٤ . — عبد الحميد متولى ، المرجع السابق ، ١٩٥٦ ، ص ٥٧٢ .



مجلس الأمة — بسن القوانين أو التشريعات العادية ، وتخويل السلطة التنفيذية الحق في الحلول محلها في هذا الاختصاص عن طريق اصدار قرارات تكون لها قوة القانون . ولكن نظرا لما في ذلك من اختصاص استثنائي بحت يمنح للسلطة التنفيذية مواجهة لظروف الضرورة هذه ، يكون من الطبيعي اخضاع تشريعات الضرورة التي تسنها السلطة التنفيذية بصفتها سلطة بديلة طارئة ، لاجازة السلطة التشريعية وهي السلطة الأصلية صاحبة الشأن ؛ وبذلك تبقى السلطة التشريعية صاحبة الكلمة العليا والنهائية فيما أصدرته السلطة التنفيذية في غيبتها من مثل هذه التشريعات .

وقد أحسن الدستور الجديد باستلزام السرعة في تحديد مصير تشريعات الضرورة ، بأن أوجب عرضها على مجلس الأمة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها اذا كان اصدارها فيما بين أدوار انعقاده ، أو في أول اجتماع له اذا كان اصدارها في حالة حله ؛ وبأن رتب جزاء خطيرا على عدم عرضها على هذا النحو أو على عرضها ثم رفضها ، هو زوال ما كان لها من قوة القانون زوالا رجعيا «١» . غير أنه احتياطا لما قد يترتب على مثل هذا الزوال الرجعى من اضطراب وعدم استقرار ، جوز لمجلس الأمة — في حالة رفضه تشريعات الضرورة — أن يقتصر مثل هذا الزوال على المستقبل دون أن يسحبه على الماضي فيعتمد اذن ما تم من نفاذها قبل رفضها ، أو يسوى — على الأقل — ما ترتب على آثارها بوجه آخر .

---

(١) وبذلك تعتبر تشريعات الضرورة معلقة على شرط فاسخ ، اذا تحقق بعدم عرضها على مجلس الأمة أو برفضه اياها ، اعتبرت كأن لم توجد قط من قبل . ومع ذلك فقد كان من المتفق عليه في ظل الدستور القديم أن زوال هذه التشريعات لا يكون له اثر رجعى ( السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٤٨٨ . — عبد الحميد متولى ، المرجع السابق ، ص ٤٥٣ ) .



وكذلك أحسن الدستور الجديد بقطعه كل شك أو خلاف حول حق السلطة التنفيذية في سن تشريعات الضرورية في فترة حل مجلس الأمة ؛ فقد كان نص الدستور القديم لا يعين على تخويلها مثل هذا الحق «<sup>١</sup>» ، رغم أن البلاد تكون خالية في هذه الفترة بالذات من الأداة التشريعية العادية وقد يطرأ من الظروف ما يجعل التشريع ضرورة لازمة وعاجلة «<sup>٢</sup>» .

وينبغي أن يكون مفهوماً أن تشريعات الضرورية التي تسنها السلطة التنفيذية في الحدود المتقدمة لا يجب أن تكون مخالفة لأحكام الدستور ، رغم أن الدستور الجديد — على خلاف الدستور القديم — قد أغفل تأكيد ذلك ؛ إذ ما دامت السلطة التشريعية — وهي السلطة الأصلية — لا تملك مخالفة الدستور — كما سنرى — فيما تسنه من قوانين ، فمن باب أولى لا تملك السلطة التنفيذية — وهي سلطة بديلة طارئة — مثل هذه المخالفة فيما تسنه لمواجهة لأحوال الضرورية من قرارات لها قوة القوانين «<sup>٣</sup>» .

(٢) تشريع التفويض : قد تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية وبناء على تفويض منها في إصدار قرارات لها قوة القانون في المسائل المحددة في التفويض . ولئن كان التفويض غير مقبول من الناحية النظرية على أساس أن السلطة التشريعية لا تملك التنازل عن اختصاصها ، إلا أن الرغبة في توفير السرية لبعض تشريعات معينة كالتشريعات الخاصة

---

(١) السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٤٨٠-٤٨٤ . عبد الحميد متولى ، ص ٤٥٢ .

(٢) في هذا المعنى :

عثمان خليل ، النظام الدستوري المصري ، ١٩٥٦ ، ص ٢١٠ . عبد الحميد متولى ، المرجع السابق ، هامش (٢) ص ٤٥٢ . السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٤٨٥ .

(٣) قرب من ذلك :

عثمان خليل ، المرجع السابق ، ص ٢١٣ .



بفرض بعض الرسوم والضرائب أو تعديلها — بما تقتضى من كتمان مضمونها قبل اعلانها منعاً لاتاحة فرصة التهرب منها — قد تبرر — لمدة معينة — تفويض السلطة التنفيذية في سنّها واصدارها بتشريعات تكون لها قوة القانون ، على أن تعرض على السلطة التشريعية من بعد للمصادقة عليها واجازتها «<sup>١</sup>» .

ولم يكن الدستور المصرى لسنة ١٩٢٣ يتعرض لمثل هذا النوع من التشريع . ولكن ثمة سابقة للبرلمان في مصر ، بمقتضاها فوض الحكومة سنة ١٩٣٠ في اصدار مراسيم لها قوة القانون في شأن تعديل التعريفات الجمركية وفي شأن فرض وتعديل رسم الاتّاج على حاصلات الأرض المصرية أو منتجات الصناعة المحلية «<sup>٢</sup>» ، ولكن بشرط عرض هذه المراسيم عليه .

وقد قطع الدستور الجديد كل شك حول امكان التفويض ، بنصه في المادة ١٣٦ على أن « لرئيس الجمهورية في الأحوال الاستثنائية ، بناء على تفويض من مجلس الأمة ، أن يصدر قرارات لها قوة القانون . ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة وأن يعين موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها » .

واذا كان الدستور الجديد يضع من القيود ما يتفق عليه الفقه المؤيد لمبدأ التفويض من تحديد موضوع التفويض ومسائله ومن قصر التفويض على مدة محدودة ؛ الا أنه أغفل ما يشترطه بحق هذا الفقه كذلك من ضرورة اخضاع تشريع التفويض من بعد لموافقة مجلس الأمة، رغم ما ينبغى من ابقاء الزمام النهائى للتشريع بيد السلطة الأصلية وهى السلطة التشريعية ترافق السلطة التنفيذية النائبة فيما وكلتها وفوضتها من شئونه .

---

(١) في هذا المعنى :

عبد الحميد متولى ، المرجع السابق ، ص ٤٥٩ .

(٢) عبد الحميد متولى ، المرجع السابق ، ص ٤٥٧ و ٤٥٨ .



### ١٣٨ - التشريع الفرعى

يقصد بالتشريع الفرعى التشريع الذى تسنه السلطة التنفيذية بمقتضى الاختصاص المخول لها فى الدستور ، باعتبار صفتها هذه ، لا باعتبارها حالة منحل السلطة التشريعية حلولا مؤقتا . بمعنى أن اختصاصها بسن التشريع الفرع اختصاص أصلى يثبت لها ابتداء ومع قيام السلطة التشريعية ، فلا يعلق على غياب السلطة التشريعية كما هى الحال فى تشريع الضرورة ، ولا على تفويض منها كما هى الحال فى تشريع التفويض .

ويطلق على التشريع الفرعى فى العمل اسم « اللائحة » (Le Règlement) تمييزا له عن التشريع العادى الصادر عن الهيئة التشريعية والمعروف باسم « القانون » (La Loi) .

واللوائح اما أن يقصد بها تنفيذ التشريع العادى أى القوانين الصادرة عن الهيئة التشريعية فتعرف باسم « اللوائح التنفيذية » ، واما أن يقصد بها تنظيم المصالح والمرافق العامة فتعرف باسم « اللوائح التنظيمية » ، واما أن يقصد بها حفظ الأمن والصحة العامة فتعرف باسم « لوائح البوليس » أو « لوائح الضبط » .

(١) اللوائح التنفيذية : هى ما تسنه السلطة التنفيذية من قواعد تشريعية ضمانا لتنفيذ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية . واختصاص السلطة التنفيذية باصدار مثل هذه اللوائح أمر طبيعى ومنطقى ، لأنها — وهى السلطة المكلفة بتنفيذ هذه القوانين — تكون أقدر من السلطة التشريعية على تنظيم هذا التنفيذ فى دقائقه وفقا لضرورات العمل ، فضلا عما فى ذلك من تخلص القوانين من كثير من التفاصيل الجزئية ومن التخفيف بالتالى من أعباء السلطة التشريعية المتزايدة « ١ » .

---

(١) فى هذا المعنى :

عبد الحميد متولى ، المرجع السابق ، هامش (٢) ص ٤٤٧ و ٤٤٨ . —  
عثمان خليل ، المرجع السابق ، ص ٢٠١ .



وقد نص الدستور الجديد على حق السلطة التنفيذية في اصدار هذه اللوائح بقوله « يصدر رئيس الجمهورية . . . اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين ، وله أن يفوض غيره في اصدارها . وتصدر قرارات الرئيس في هذا الشأن بناء على عرض الوزير المختص . ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه » ( م ١٣٨ ) . فالأصل اذن هو صدور اللائحة التنفيذية من رئيس الجمهورية ، الا أن يفوض الرئيس أو يعين القانون غيره في اصدارها .

وينبغي أن يكون مفهوما أن اللوائح التنفيذية تكون محدودة بحدود الغرض من سنها أي بحدود تنفيذ القوانين ، فلا تملك الغاء أو تعديل أو تعطيل أحكامها . وقد كان دستور سنة ١٩٢٣ صريحا في هذا الشأن بنصه على أن « الملك يضع اللوائح اللازمة لتنفيذ القانون بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو اعفاء من تنفيذها » ( م ٣٧ ) . واذا كان الدستور الجديد قد أغفل مثل هذا التأكيد الواجب لحدود اللوائح التنفيذية ، فإن هذه الحدود تظل مع ذلك واجبة الاحترام لأنها مستخلصة من الغرض المقصود من هذه اللوائح .

(٢) اللوائح التنظيمية : هي مائنه السلطة التنفيذية من تشريع لتنظيم المصالح والمرافق العامة ، بصفتها مهينة على ادارة هذه المصالح والمرافق . وقد نصت على ذلك المادة ١٣٧ من الدستور الجديد بقولها « يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لترتيب المصالح العامة ، ويشرف على ادارتها » .

ويبدو أن الدستور الجديد يقصر من هذه اللوائح على رئيس الجمهورية وحده ، حيث لم يشر الى امكان تفويضه غيره في ذلك كما فعل في شأن لوائح الضبط واللوائح التنفيذية ( م ١/١٣٨ ) . ولذلك فانشاء الوزارات والمصالح وتحديد أو تعديل اختصاصاتها والغاؤها ، يجب أن يصدر به قرار من رئيس الجمهورية .



(٣) **لوائح الضبط أو لوائح البوليس** : يقصد بها ما تضعه السلطة التنفيذية من قيود تشريعية على الحريات الفردية لحفظ البوليس بمعناه العام ، أى لحفظ الأمن وتوفير السكينة والطمأنينة وحماية الصحة العامة . ومن أمثلتها لوائح المرور ولوائح المحال المقلقة للراحة أو الضارة بالصحة ومراقبة الأغذية والباعة المتجولين .

ولم يكن دستور سنة ١٩٢٣ يتضمن أى نص يخول للسلطة التنفيذية حق اصدار مثل هذه اللوائح ، ولكنها جرت دائما على اصدارها منذ كانت تجمع بين السلطتين التنفيذية والتشريعية قبل صدور هذا الدستور ، مما حدا ببعض الفقهاء الى التماس أساس دستوري لها من العرف المتبع ، خاصة وأن قيام السلطة التنفيذية باصدار لوائح الضبط هو ما يلائم مقتضيات العمل نظرا لما تتطلبه مسائل البوليس من دقة وتشعب وسرعة تنظيم «١» .

ومع ذلك ، فإن خطر مثل هذه اللوائح على حريات الأفراد وعدم استنادها الى نص من الدستور أو القوانين ، فضلا عما تقرره من عقوبات على مخالفتها مع ما هو ثابت من مبدأ « لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون » أى بقانون أو بلائحة تستند الى قانون ، كان يحمل على التردد في الاعتراف للسلطة التنفيذية بحقها في اصدار هذه اللوائح في ظل دستور سنة ١٩٢٣ .

لذلك أحسن الدستور الجديد بنصه صراحة على حق السلطة التنفيذية في سن مثل هذه اللوائح ، بقوله « يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضبط ... وله أن يفوض غيره في اصدارها » ( م ١/١٣٨ ) . وبذلك ينقطع الشك والخلاف حول شرعية هذه اللوائح وأساسها الدستوري . والأصل أن يقوم رئيس الجمهورية بسنها واصدارها بناء على عرض الوزير المختص ، ولكن يجوز له أن يفوض غيره في ذلك .

(١) السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٤٦٩ و ٤٧٠ .



## X § ٣ - نفاذ التشريع

### ١٣٩ - تمهيد

إذا تم سن التشريع — أيا كانت درجته — من السلطات المختصة بسنه، فإنه يوجد قانونا . ولكن الوجود القانوني للتشريع لا يعنى دخوله مرحلة التنفيذ بعد ، اذ ينبغي لذلك تسجيل هذا الوجود القانوني والأمر بتنفيذ التشريع ممن يملك الأمر بالتنفيذ أى من السلطة التنفيذية عن طريق الاصدار (promulgation) ، ثم اعلانه للناس وتحديد موعد نفاذه عن طريق النشر (Publication) .

### ١٤٠ - اصدار التشريع

يقصد بالاصدار تسجيل سن التشريع ووضعه موضع التنفيذ «١» بتكليف رجال السلطة التنفيذية بتنفيذه باعتباره تشريعا ملزما من تشريعات الدولة . فهو بمثابة شهادة ميلاد للتشريع ، تكون سنداً لتنفيذه .

وبديهي أنه حيث تملك السلطة التنفيذية سن التشريع — كما هي الحال في التشريع الأساسى حين يكون منحة من الملك أو الحاكم المطلق، وفي تشريع الضرورة أو تشريع التفويض ، وفي التشريع الفرعى خاصة — يتضمن سن التشريع حتما اصداره ، لأن السلطة التى تسن التشريع هنا هى نفسها التى تضعه موضع التنفيذ .

أما حيث تسن التشريع سلطة أخرى غير السلطة التنفيذية التى تضعه

---

(١) ولذلك يعتبر الاصدار عملا تنفيذيا لا عملا تشريعيا ، اذ هو بداية وضع القانون موضع التنفيذ ( فى هذا المعنى : عثمان خليل ، المرجع السابق ، ص ١٧٥ . وقارن : السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٣٦٢ - ٣٦٤ . وانظر فى الاشارة الى رأى القائلين باعتبار الاصدار عملا تشريعيا: السيد صبرى، المرجع السابق ، ص ٣٥٩ و ٣٦٠ ) .



موضع التنفيذ ، فيحتاج الأمر الى أن تقوم السلطة الثانية باصدار ما سنه السلطة الأولى ، كما هي الحال في التشريع العادى الذى تسنه السلطة التشريعية ، والتشريع الأساسى الذى يسنه الشعب نفسه عن طريق الاستفتاء أو تسنه جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب . ذلك أن وضع التشريع الذى تم سنه فى مثل هذه الحالات موضع التنفيذ ، يقتضى تسجيل وجوده القانونى وتكليف رجال السلطة التنفيذية بالقيام على تنفيذه ، ومثل هذا التكليف لا يتصور صدوره الا من السلطة التنفيذية نفسها ممثلة فى شخص رئيسها ، لأن المكلفين بالتنفيذ هم عمالها ، فلا تملك عليهم سلطة أخرى أيا كانت - كالجمعية التأسيسية أو السلطة التشريعية - حق الأمر والتكليف .

فالاصدار اذن فى حالة التشريع الأساسى المسنون بواسطة جمعية تأسيسية أو المستفتى فيه الشعب، يتضمن تسجيل موافقة الجمعية التأسيسية عليه أو تصويت أغلبية الشعب له فى الاستفتاء ، والأمر بتنفيذه باعتباره التشريع الأساسى للدولة . والاصدار فى حالة التشريع العادى يتضمن تسجيل موافقة مجلس الأمة عليه ، والأمر بتنفيذه كقانون من قوانين الدولة ، وحصول اصدار القانون قبل فوات الميعاد المحدد لاستعمال حق الاعتراض ، يفيد تنازل رئيس الجمهورية عن استعمال مثل هذا الحق . ولقد كان ينبغى النص فى الدستور الجديد على تحديد مدة معينة يجب على رئيس الجمهورية خلالها اصدار القوانين التى يسنها مجلس الأمة ، حتى لا يتمكن بذلك من تعطيل تنفيذ هذه القوانين بتأخير اصدارها (١) .

#### ١٤١ - نشر التشريع

إذا كان اصدار التشريع لازما لتسجيل سنه والأمر بتنفيذه الى رجال

(١) انظر فى تأييد تحديد موعد للاصدار من حيث المبدأ : السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٣٦٥ .



السلطة التنفيذية ، فابلاغ مضمونه الى الكافة وحمله الى علمهم أو اتاحة فرصة العلم به لهم ، لازم كذلك اذ هم المكلفون بأحكامه فلا مناص من اعلامهم بها حتى يوافقوا مسلكهم عليها . ذلك أنه لا تكليف الا بعلوم ، والتشريع لا يكون معلوما للمكلفين به الا باشهاره بينهم واذاعته فيهم . والوسيلة القانونية الوحيدة المعتمدة اليوم لاشهار التشريع واذاعته هي نشر نصوصه في الجريدة الرسمية للدولة ، وهي المعروفة باسم « الوقائع المصرية » .

والنشر في الجريدة الرسمية واجب لنفاذ التشريع في حق المخاطبين بأحكامه أيا كانت درجة التشريع أساسيا أو عاديا أو فرعيا .

ولا تغنى عن النشر أية وسيلة أخرى من وسائل الاشهار أو الاذاعة أو الاعلان ، رغم أن بعض هذه الوسائل قد يكون أجدى مفعولا — من النشر في الجريدة الرسمية — في سبيل حمل التشريع الى علم المخاطبين بأحكامه . فلاكتفاء اذن — في نشر التشريع — باذاعته في الراديو ، أو تعليق صور منه في أماكن بارزة على الحوائط في الشوارع والميادين الرئيسية ، لا يعتبر نشرًا قانونيًا بالمعنى الصحيح . ومن هنا لا يعتبر مثل هذا النشر كافيًا لنفاذ التشريع في حق المخاطبين بأحكامه .

ولا يغنى عن حصول نشر التشريع في الجريدة الرسمية ، ثبوت علم بعض الأفراد المخاطبين بحكمه علما يقينيا به «<sup>١</sup>» .

---

(١) انظر حكم محكمة القضاء الإداري في ٣ يناير ١٩٥٠ ( مجموعة أحكام مجلس الدولة ، السنة الرابعة ، رقم ٤٤ ، ص ١٤٧ ) ، حيث يقرر الحكم أن « التفرقة التي جاء بها المدعى بين علم افتراضى بالقوانين وهو علم الجمهور بها بمجرد نشرها وعلم يقينى وهو علم الوزراء بالقوانين بمجرد إصدارها ، هذه التفرقة لا يعرفها الدستور بل ينكرها نص المادة ٢٦ من الدستور ( القديم ) ، اذ جعل نفاذ القوانين رهنا بنشرها وذلك بالنسبة الى الناس كافة دون تفرقة بين حكام ومحكومين » .



والغالب أن لا يعتبر التشريع نافذا فور نشره في الجريدة الرسمية ، بل يبدأ نفاذه بمضى وقت معلوم من حصول النشر ، افساحا لشيوع العلم بأحكامه . وقد كان دستور سنة ١٩٢٣ يعتبر التشريع نافذا بمضى ثلاثين يوما على نشره في الجريدة الرسمية ، وان كان قد آجاز قصر هذا الميعاد ، أو مثله بنص صريح .

وقد تفادى الدستور الجديد في هذا الشأن ما كان يطلقه الدستور القديم للسلطة التنفيذية من سلطة النشر ، فحدد النشر بالنسبة للقوانين بموعد معين من تاريخ الاصدار ، اذ قضى بوجوب نشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم اصدارها ( م ١٨٧ ) . ومع ذلك تظل السلطة التنفيذية قادرة على التحكم في نشر القوانين عن طريق تأخير اصدارها ما دام الدستور لا يقيدها بموعد معين في القيام بهذا الاصدار . وعلى أى حال ، فيجب العمل بالقوانين بعد عشرة أيام من تاريخ نشرها ، ولكن يجوز مد هذا الميعاد أو تقصيره بنص خاص في القانون ( م ١٨٧ من الدستور الجديد ) .

فحيث تدعو الضرورة الى الاسراع في تنفيذ التشريع يمكن النص على نفاذه حتى فور نشره . وحيث تدعو الحاجة الى التراخي بتنفيذ التشريع الى ما بعد الميعاد القانوني ، ينص على تحديد اليوم الذى يبدأ منه نفاذه ؛ وهو ما حدث بالنسبة للتقنين المدنى الجديد ، فقد نشر في الوقائع المصرية في ٢٩ يولييه سنة ١٩٤٨ ، ونص فيه على العمل به ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، تربصا بموعد الغاء المحاكم المختلطة حتى يتاح له النفاذ في حق المصريين والأجانب جميعا .

وبفوات الميعاد الذى يبدأ منه النفاذ ، يفترض علم الأفراد بالتشريع ، فيسرى في حق جميع المخاطبين بأحكامه دون استثناء ، ولا يقبل من أحد الاعتذار بجهله . وافترض العلم بالتشريع بمجرد ابتداء نفاذه ، انما هو



تفريع على مبدأ افتراض العلم بالقانون أى بمجموع القواعد القانونية الملزمة فى الدولة ، وهو ما سنبحث القول فيه من بعد عند الكلام فى مدى تطبيق أو سريان القاعدة القانونية .

## § ٤ - نتائج تدرج التشريع أو رقابة صحته

### ١٤٢ - مبدأ رقابة صحة التشريع الأدنى من حيث الشكل ومن حيث الموضوع

قلنا ان ثم ظاهرة يتميز بها التشريع هى ظاهرة تدرجه أى تفاوته فى القوة درجات ثلاث بعضها فوق بعض : فالتشريع الأساسى أو الدستور هو أقواها ، ويليه التشريع العادى ، ثم يتبعه التشريع الفرعى . وهذا التدرج فى القوة ينبغى أن يسلم منطقاً الى خضوع التشريع الأدنى للتشريع الأعلى . غير أن هذه النتيجة - على تحميم المنطق لها - لا تجد دائماً ما ينبغى لها من صدى فى نطاق العمل ؛ فهذا الصدى يتفاوت بتفاوت الدول والساتير .

فتدرج التشريع اذن يجب أن يستتبع استمداد كل تشريع قوته وصحته من مطابقته لقواعد التشريع الذى يعلوه وهكذا ، بحيث يكون باطلا التشريع الأدنى الذى يصدر على خلاف ما يقضى به التشريع الأعلى . وعلى هذا النحو فالتشريع العادى ينبغى أن لا يكون متعارضاً مع التشريع الأساسى ، والتشريع الفرعى بدوره ينبغى أن لا يكون مخالفاً للتشريع العادى أو للتشريع الأساسى . ومن هنا فاذا تعارض تشريعان من درجة متفاوتة ، وجب تغليب التشريع الأعلى واغفال التشريع الأدنى .

كل ذلك يدعو خاصة الى اقامة رقابة قضائية «١» على صحة التشريع للتأكد من مطابقة الأدنى منه للأعلى ، اما من حيث الشكل واما من حيث الموضوع . فنعرض لهذين النوعين من الرقابة لنقف على مدى التسليم

(١) نترك جانباً ما قد يوجد من رقابة سياسية فى هذا الشأن .  
انظر فى هذه الرقابة :



بالمبدأ. فيهما وعلى مدى تحققهما في العمل .

### (١) رقابة صحة التشريع الأدنى من حيث الشكل

١٤٣ - لا خلاف على تقرير مثل هذه الرقابة

لا خلاف على حق المحاكم في مثل هذه الرقابة للتأكد من توافق الشكل الصحيح للتشريع الأدنى كما يحدده التشريع الأعلى ، أى للتأكد من تمام منه بواسطة السلطة المختصة ، وتام إصداره ونشره وفوات الميعاد الذي يبدأ منه نفاذه . فان لم يوافق للتشريع الأدنى - سواء كان تشريعاً عادياً أو تشريعاً فرعياً - الشكل الذى يحدده التشريع الأعلى ، فالاجماع منعقد على حق المحاكم في الامتناع عن تطبيقه ، تأسيساً على أن مثل هذا التشريع انما هو تشريع منعدم ليس له وجود قانونى .

ورقابة المحاكم لصحة التشريع الشكلية تنبسط على التشريع الفرعى والتشريع العادى على السواء ، فللمحاكم بل عليها أن تمتنع عن تطبيق قانون لم يحرز الأغلبية العادية عند التصويت عليه في مجلس الأمة، أو لم يحرز الأغلبية الخاصة المطلوبة في شأنه ؛ أو عن تطبيق قانون أو لائحة لم تنشر في الجريدة الرسمية ، أو صدرت عن جهة غير مختصة .

### (٢) رقابة صحة التشريع الأدنى من حيث الموضوع

١٤٤ - الخلاف حول هذه الرقابة تبعاً للدرجة التشريع الأدنى

لا تجد رقابة صحة التشريع من حيث الموضوع مثل ما تجده رقابة صحته من حيث الشكل من اجماع على اقرارها . فالرأى في مثل هذه الرقابة يختلف باختلاف ما اذا كان التشريع فرعياً أو عادياً . فنعرض أولاً لرقابة قانونية اللوائح ودستوريتها ، ثم نعرض لمشكلة رقابة دستورية القوانين .



### ١٤٥ - التسليم برقابة قانونية اللوائح ودستوريتها

حق المحاكم ثابت في رقابة صحة التشريع الفرعى الموضوعية ، للتأكد من مطابقته لقواعد وأحكام التشريع العادى والتشريع الأساسى على السواء . فتملك المحاكم اذن التحقق من شرعية أو قانونية اللوائح بالتشيت من عدم مخالفتها لأحكام القوانين ، كما تملك التحقق من دستورية اللوائح بالتشيت من عدم مخالفتها لقواعد الدستور ، بحيث يكون لها بل يجب عليها الامتناع عن تطبيق كل الائحة تصدر مخالفة في موضوعها لأحكام القوانين وقواعد الدستور « ١ » .

ولئن كانت المحاكم العادية تقتصر على مجرد الامتناع عن تطبيق اللوائح المخالفة للقانون أو الدستور دون أن تملك الغاءها ، فالوضع مختلف بالنسبة الى محكمة القضاء الادارى ، التى تنفرد دون بقية المحاكم بسلطة الغاء مثل هذه اللوائح ، فوق سلطتها - كبقية المحاكم - فى الامتناع عن تطبيقها . « فقضاء هذه المحكمة - كما تنص على ذلك فى أحد أحكامها - قد جرى على جواز الطعن فى القرارات التنظيمية العامة ( أى اللوائح ) بأحد طريقين : اما بالطريق المباشر أى بطلب الغائها فى الميعاد ، أو بالطريق غير المباشر فى أى وقت عند تطبيقها فى الحالات الفردية ، أى بطلب عدم الاقتداء بها لمخالفتها القانون وذلك عند الطعن فى القرارات الفردية بالالغاء « ٢ » .

---

(١) وقد كان نص المادة ٣٧ من دستور سنة ١٩٢٣ ، يعين فى مصر على القول باعطاء المحاكم حق رقابة قانونية للوائح ، اذ كان ينص بصدد اللوائح التنفيذية على ان « الملك يضع اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين ، بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو اعفاء من تنفيذها » .

(٢) محكمة القضاء الادارى ، ٥ فبراير ١٩٥٢ ، المحاماة ، س ٣٣ ، عدد ٧ ، رقم ٤٦٢ ، ص ١٠٥٩ . .



## ١٤٦ - مشكلة رقابة دستورية القوانين (١)

غنى عن البيان أن مشكلة رقابة دستورية القوانين لا تثار الا حيث يكون الدستور جامدا ، أما حيث يكون الدستور مرنا ، فتكون مخالفة القوانين أى التشريعات العادية له مشروعة ، لأنها تعتبر بذلك تعديلا لأحكامه وقواعده (٢) .

غير أن مشكلة رقابة دستورية القوانين فى الدول ذات الدساتير الجامدة لا تجد حلا واحدا . فحق المحاكم فى مثل هذه الرقابة ، أى فى رقابة صحة التشريع العادى الموضوعية للتأكد من مطابقته لقواعد التشريع الأساسى ، أى للتثبت من موافقته لأحكام الدستور ، أمر متنازع فيه فى الفقه والقضاء ، ومختلف عليه باختلاف النظم والشرائع .

فثم اتجاه يرمى الى منع المحاكم من رقابة دستورية القوانين (٣) بحجة احترام مبدأ فصل السلطات ، الذى يختص السلطة التشريعية بحق سن التشريع ، ويقصر دور السلطة القضائية على مجرد تطبيقه . اذ يعتبر الامتناع عن التطبيق بادعاء عدم دستورية القانون المطلوب تطبيقه خروجاً من السلطة القضائية عن اختصاصها وتعدياً على اختصاص السلطة التشريعية بالتعقيب على تصرفاتها ، والتوصل الى اهدارها ، مما يجعل للسلطة

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Burdeau, Traité de Science politique, t. III, Nos. 156-181 — Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. III, 3e éd., § 98, pp. 715-732 — Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, 1943, pp. 294-324.

السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٢٢٣ - ٢٣٥ . عبد الحميد متولى ، المرجع السابق ، ص ٣١٦ - ٣٣٩ . سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص ١٢٤ - ١٨٣ .

(٢) فى هذا المعنى :

السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٢٢٣ . عبد الحميد متولى ، المرجع السابق ، ص ٣٠٨ . سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص ١١٢ .

(٣) انظر من بين القائلين بمنع المحاكم من رقابة دستورية القوانين :

Esmein, Eléments de droit constitutionnel français et comparé, 8e éd., par Nézard, t. I, 1927, pp. 644-648.



القضائية هيمنة ورقابة على أعمال السلطة التشريعية ، وهو ما يتنافى مع انفصال السلطتين واستقلالهما .

ومثل هذا الاتجاه السلبي أمام ما قد يوجد من قوانين مخالفة للدستور ، هو السائد في القضاء الفرنسى «<sup>١</sup>» ، رغم أن جانبا كبيرا من الفقه الفرنسى «<sup>٢</sup>» ينتصر لحق المحاكم في رقابة دستورية القوانين . ولعل مرجع مثل هذا الموقف من جانب القضاء الفرنسى هو الخوف من أن تحمل رقابته لدستورية القوانين معنى التدخل في أعمال السلطة التشريعية ؛ وقانون العقوبات الفرنسى ينص صراحة على عقاب القضاة الذين يتدخلون في عمل السلطة التشريعية بتعطيل أو إيقاف تنفيذ القوانين . وكذلك الخوف من أن تحمل رقابته لدستورية القوانين معنى الرقابة والتعقيب على الارادة العامة للأمة التى كان ينظر الى القوانين باعتبارها تعبيراعنها «<sup>٣</sup>» .

وثم اتجاه ثان يرمى الى تخويل المحاكم حق النظر في دستورية القوانين ، بالتثبت من مطابقة التشريع العادى ( القانون ) لقواعد وأحكام التشريع الأساسى ( الدستور ) ، استنادا الى أن رقابة دستورية القوانين انما هى من طبيعة عمل القضاء الذى يقوم على تطبيق القانون بمعناه العام أى كمجموع القواعد القانونية السائدة فى الدولة «<sup>٤</sup>» . فالقضاء ملزم بتطبيق أحكام الدستور وأحكام القانون ( بمعناه الخاص ) على حد سواء . غير أنه — حين يستحيل تطبيقهما معا لتعارض أحكامهما — فلا مناص من تطبيق أحكام الدستور دون أحكام القانون ، اعمالا لقاعدة

---

(١) انظر فى الإشارة الى أحكام هذا القضاء :

Duguit, op. cit., t. III, § 98, pp. 720-721 — Laferrière, op. cit., pp. 316-318.

(٢) انظر فى الإشارة الى هذا الفقه :

Laferrière, op. cit., pp. 321, 322.

(٣) Laferrière, op. cit., pp. 318-320.

(٤) Duguit, op. cit. § 98, p. 718



تدرج التشريع وما يحتمه منطقها من سيادة التشريع الأعلى على التشريع الأدنى «١» .

ومما يؤيد هذا الاتجاه الثانى أنه مجرد امتداد لما انعقد عليه الاجماع من حق المحاكم فى رقابة قانونية اللوائح أو شرعيتها ، فليس يفهم — مع هذا الاجماع — منع المحاكم من رقابة دستورية القوانين . فهذا النوعان من الرقابة القضائية ليسا الا نتيجتين حتميتين متلازمتين لقاعدة تدرج التشريع ، وليس من المنطق — بل يكون من التناقض — التسليم باحدى النتيجتين دون الأخرى ، فما ينسحب على التشريع الفرعى من تقرير رقابة قانونيته أو شرعيته ، ينبغى أن ينسحب كذلك على التشريع العادى بتحويل المحاكم حق رقابة دستوريته .

فضلا عن أن تحويل المحاكم مثل هذا الحق يؤكد — على عكس ما يقوله معارضوه — مبدأ فصل السلطات ، لأنه يمنع السلطة التشريعية من أن تفرض على السلطة القضائية قانونا تسنه على خلاف الدستور وتجبرها بذلك على تطبيقه ، مما يخل باستقلالها ويحد من اختصاصها فى تطبيق القواعد القانونية التى على رأسها قواعد الدستور .

غير أن فهم مبدأ فصل السلطات على وجهه الصحيح يقتضى كذلك التحوط من أن ينقلب حق المحاكم فى رقابة دستورية القوانين الى تدخل من جانب السلطة القضائية فى أعمال السلطة التشريعية بإلغاء ما تسنه من قوانين وخرق مبدأ فصل السلطات بالتالى ، اذ إلغاء القوانين كسنها من اختصاص السلطة التشريعية وحدها «٢» . ومن هنا ينبغى أن يقتصر حق المحاكم — عند التثبت من عدم دستورية قانون من القوانين — على مجرد الامتناع عن تطبيقه دون الحكم بإلغائه ، مما يقتضى أن يكون الامتناع

Duguit ibid. (١)

(٢) فى هذا المعنى :

سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص ١٨١ و ١٨٢ .



عن التطبيق قاصرا على القضية المعروضة وحدها ، لا ينصرف الى غيرها من القضايا ولا يؤثر في الوجود القانوني لمثل هذا القانون «١» .

### ١٤٧ - رقابة دستورية القوانين في القانون الحديث

الاتجاه الغالب في القانون الحديث اليوم هو اعطاء المحاكم حق رقابة دستورية القوانين دون مساس بمبدأ فصل السلطات ، عن طريق تمكينها من التثبت في مناسبة كل قضية تطرح أمامها - لامكان تطبيق القانون المطلوب تطبيقه فيها وخاصة اذا دفع أمامها بعدم دستوريته - من عدم تعارضه مع أحكام الدستور وقواعده «٢» ؛ فلا تملك حينئذ - في حال مخالفته لأحكام الدستور - الا الامتناع عن تطبيقه في القضية المرفوعة اليها ، دون أن تتعرض له بإبطال أو الغاء . وهي بذلك تحترم في آن واحد سيادة الدستور بتغليبه على القانون المخالف له ، واستقلال السلطة التشريعية بعدم الاعتداء على حقها الثابت في الغاء القوانين ، اكتفاء بالامتناع عن تطبيق القانون غير الدستوري امتناعا لا يمس الا القضية المطلوب تطبيقه فيها وحدها .

ففي مثل هذه الطريقة ، لا يتوجه أحد الى القضاء ابتداء ومباشرة بدعوى يطلب فيها الحكم باعتبار قانون من القوانين غير دستوري لمخالفته أحكام الدستور . وانما يتربص الفرد بدعوى يختصم فيها ، فيدفع هذه الدعوى بعدم دستورية القانون المطلوب تطبيقه فيها . وأمام هذا الدفع ، تملك المحكمة التصدي للبحث في مدى مطابقة هذا القانون لأحكام الدستور . فان تحققت من هذه المطابقة ، أكدت دستورية القانون ومضت في أداء واجبها من تطبيقه . وان تثبتت من مخالفة القانون عن أمر الدستور ، قضت بعدم دستوريته ، ورتبت على ذلك نتيجة من الامتناع عن تطبيقه في ذات الدعوى المطالب فيها بتطبيقه .

(١) في هذا المعنى :

Dugut, op. cit., t. III, § 98, p. 719.

(٢) Laferrière, op. cit., p. 314.



فالدفع بعدم دستورية قانون ما — باعتباره وسيلة دفاع سلبى بحث — لا تعدو تتيجه اذن الغاية من ابدائه ، وهى مجرد استفادة الخصم صاحب الدفع وتمكنه من منع الاستجابة الى ما يطلبه خصمه من تطبيق قانون معين عليه . ولذلك لا تتعرض المحكمة للقانون ذاته فتحكم بالغائه فى حال مخالفته للدستور ، وانما تقتصر على مجرد تقبل الدفع ، فتمتنع عن اجابة المدعى الى ما يطلبه من تطبيق القانون على خصمه .

ومن أهم الدول التى راجت فيها رقابة القضاء لدستورية القوانين عن طريق الدفع ، الولايات المتحدة الأمريكية . فقد استقر الأمر هناك على أن للمحاكم جميعا — من المحكمة الاتحادية العليا الى محاكم الدرجة الدنيا — الامتناع عن تطبيق أى قانون يصدر مخالفا لأحكام الدستور ، اذا دفع أمامها — بصدد دعوى معينة — بعدم دستوريته ، وثبتت المحكمة من صحة هذا الدفع . ولعل ما تتمتع به أحكام المحكمة الاتحادية العليا من قوة ملزمة بالنسبة الى المحاكم الأخرى ، هو الذى حمل بعض الفقهاء «<sup>١</sup>» على الظن بأن المحكمة الاتحادية العليا تملك الغاء القوانين غير الدستورية . والصحيح غير ذلك كما سبق البيان ، فهى لا تملك الا الامتناع عن تطبيق مثل هذه القوانين ، وان يكن امتناعها عن تطبيق تشريع غير دستورى — نظرا لقوة الزام أحكامها — يشل هذا التشريع ويجعله — فى الواقع لا فى القانون — غير فعال «<sup>٢</sup>» ؛ وهو ما قد يضطر المشرع الى اعادة النظر فيه لالغائه أو تعديله بما يرفع منه كل مخالفة للدستور .

وطريقة رقابة القضاء لدستورية القوانين عن طريق الدفع ، متبعة

(١) عبد الرزاق السنهورى واحمد حشمت ابو ستيت ، المرجع السابق ،  
فقرة ١٢٩ . — عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ١٥٧ ،  
ص ٢٠٨ .

(٢) فى هذا المعنى :

Duguit, op. cit., § 98, p. 718. — Laferrière, op. cit. p. 303.

سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص ١٤٦ و ١٤٧ .



كذلك في كثير من الدول اليوم كالنرويج وكندا وإيرلندا والبرتغال واليونان وجنوب أفريقيا «١» .

ولئن كانت أغلب الدول في العصر الحديث تجعل للقضاء رقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع ، فثم دول أخرى قليلة جعلت للقضاء هذه الرقابة عن طريق الدعوى ، كفرنزويلا ( دستور ١٩٣١ ) ، وأسبانيا ( دستور ١٩٣١ ) ، وكولومبيا ( دستور ١٨٨٦ ) والنمسا ( دستور ١٩٢٠ ) ، وتشيكوسلوفاكيا ( دستور ١٩٢٠ ) ، وسويسرا «٢» .

وفي هذه الطريقة يباح رفع دعاوى مباشرة بطلب الحكم بإبطال أو إلغاء قانون معين صدر مخالفا للدستور . ونظرا لخطورة هذه الطريقة ، فإن أغلب الدساتير التي أخذت بها كدستور تشيكوسلوفاكيا لسنة ١٩٢٠ ، ودستور إيطاليا الحالي (١٩٤٧) «٣» ، ودستور النمسا الحالي (١٩٤٥) ، فضلا عن دستورها لسنة ١٩٢٠ «٤» ، أنشأت محاكم دستورية خاصة جعلتها وحدها المختصة — دون المحاكم العادية — بالنظر في دستورية القوانين وإلغاء القوانين غير الدستورية . وكذلك تقصر بعض هذه الدساتير حق الالتجاء الى هذه المحاكم — بدعاوى الإلغاء — على هيئات عامة معينة ، فلا تجعله حقا مباحا للكافة ؛ وهو ما يجعل من هذه الدعاوى حينئذ وسيلة لحسم المنازعات بين السلطات العامة أكثر منها وسيلة لحماية حقوق الأفراد التي يكفلها الدستور «٥» .

والواقع أن الطريقة التي تتبعها أغلب الدول في تحقيق رقابة دستورية القوانين ، وهي طريقة الدفع ، تفضل — بما تحترم من مبدأ فصل السلطات حيث تقتصر الرقابة فيها على مجرد امتناع المحكمة عن تطبيق القانون غير

---

(١) Lafferrière, op. cit., p. 314.

(٢) Burdeau, op. cit., t. III Nos. 165, 166.

(٣) Burdeau, op. cit., No. 166.

(٤) سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص ١٧٥ .

(٥) Lafferrière, op. cit., p. 300



الدستورى — الطريقة التى تتبعها أقلية الدول وهى طريقة الدعوى • اذ فى الطريقة الأخيرة اهدار لمبدأ الفصل بين السلطات واعتداء على استقلال بعضها ، بتمكين السلطة القضائية العادية أو المحاكم الدستورية الخاصة من بسط سلطانها على السلطة التشريعية والقضاء فيما تسنه من قوانين بالانقضاء والابطال •

#### ١٤٨ — رقابة دستورية القوانين فى مصر

لم يكن دستور ١٩٢٣ يتضمن أى اشارة الى مشكلة دستورية القوانين ؛ فلا هو منح السلطة القضائية حق التثبت من موافقة ما يصدر عن السلطة التشريعية من قوانين لأحكام الدستور ، ولا هو منعها من ذلك •

ومن هنا نجد أن القضاء العادى قد تراوحت أحكامه — وهى قليلة نادرة فى هذا الشأن — بين ادعاء هذا الحق للمحاكم «١» وبين انكاره عليها «٢» ، وان كان الاتجاه العام المستخلص من هذه الأحكام هو امتناع

---

(١) أنظر : مصر الأهلية ، أول مايو ١٩٤١ ، المحاماة ، السنة ٢٢ ، رقم ٢٤٨ ، ص ٧٣٥ وما بعدها ، حيث يذكر الحكم خاصة أن « النظام الدستورى المصرى يقوم على مبدأ فصل السلطات الثلاث عن بعضها واستقلال كل منها عن الأخرى ، فلكل واحدة منها تمام السيادة فى حدود اختصاصها ، إلا أنها جميعا مقيدة بالدستور الذى أوجدها ومنه تستمد سلطاتها ، وليس لها أن تخرج عليه أو أن تعارضه ... فإذا اعتدت السلطة التشريعية على أحكامه ، فليس لها أن تجر السلطة القضائية على الاشتراك معها فى هذا الاعتداء ما دامت هذه بدورها مستقلة فى حدود اختصاصها . والقاضى مختص بإيجاد الحل القانونى للمنازعات المطروحة عليه ، وهو مقيد فى حكمه بقوانين البلاد العادية ، كما أنه مقيد أيضا بالقانون الأساسى للدولة وهو اسمى القوانين جميعها . فإذا ما تعارض القانون العادى مع الدستور ، فواجب القاضى فى هذه الحالة يقضى عليه بترجيح النص الدستورى على القانون العادى وتطبيق الأول وإهمال الثانى . ولا يخرج بذلك عن اختصاصه ، فهو لا يلغى القانون وإنما يطبق القانون الأعلى الواجب التطبيق ، ثم لا يفتات على السلطة التشريعية بأن يقوم بموظيفته القانونية التى تتطلب منه أن يبين القانون الواجب التطبيق فى النزاع المطروح امامه » .

(٢) أنظر فى الأحكام المنكرة لهذا الحق :

السيد صبرى ، المرجع السابق، ص ٦٦٥ وما بعدها .



القضاء العادى عن ادعاء حق رقابة دستورية القوانين لنفسه ، رغم أن اجماع الفقهاء المصريين يكاد ينعقد على اثبات مثل هذا الحق له «١» .

ثم كان أن أنشئ مجلس الدولة سنة ١٩٤٦ ، وأتيح لمحكمة القضاء الادارى أن يعرض عليها الأمر ، فاستقر قضاؤها على اثبات حقها فى التصدى لبحث دستورية القوانين عند الدفع أمامها بعدم الدستورية . ونذكر من بين أحكامها فى هذا الصدد حكمن شهرين لها ، أولهما فى ١٠ فبراير سنة ١٩٤٨ «٢» ، والثانى فى ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٢ «٣» .

وقد أثبتت محكمة القضاء الادارى فى الحكم الأخير استقرارها على ما قضت به أحكامها من حقها فى رقابة دستورية القوانين ، وقالت « انه مما يؤكد هذا القضاء ما انعقد عليه الاجماع من أن الدولة اذا كان لها دستور مكتوب «٤» ، وجب عليها التزامه فى تشريعها وفى قضائها وفيما تمارسه من سلطات ادارية ، وتعين اعتبار الدستور ، فيما يشتمل عليه من نصوص وفيما ينطوى عليه من مبادئ هو القانون الأعلى الذى يسمو على جميع القوانين . والدولة فى ذلك انما تلتزم أصلا من أصول الحكم الديموقراطى هو الخضوع لمبدأ سيادة الدستور . . . »

(١) السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٦٤٦ - ٦٥٨ . - عبد الحميد متولى ، المرجع السابق ، ص ٥٧٨-٥٩٨ . - عثمان خليل ، النظام الدستورى المصرى ، ١٩٤٢ ، ص ٨٨ وما بعدها . - سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٩٢ ، ص ١٢٦ - ١٢٩ . - محمد على امام ، المرجع السابق ، فقرة ٩٢ ، ص ٢١٧ ، وفقرة ٩٣ . - عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرات ١٦٠ - ١٦٢ .

(٢) مجلة التشريع والقضاء ، السنة الاولى ، ص ٢٨٤ .

(٣) مجلة المحاماة ، سنة ٣٣ ، العدد الاول ، ص ٦٨ .

(٤) يراعى أن المحكمة قد تجوزت فى التعبير بلفظ « دستور مكتوب » ، والصحيح هو التعبير بلفظ « دستور جامد » . فقد يكون الدستور مكتوبا ، ولا يعتبر مع ذلك أعلى من القوانين العادية ، اذا كان تعديله لا يستلزم اجراءات خاصة ، بل يكفى فى شأنه صدور تشريع عادى ، فلا تشور حينئذ مشكلة دستورية القوانين .



« ومن حيث أنه عند سكوت الدستور عن النص صراحة على اطلاق الرقابة القضائية أو على منعها - وهذا هو موقف الدستور المصرى - يتعين الرجوع الى الأصول الدستورية للنظر فيما يملك القضاء عمله ازاء قانون يطلب اليه تطبيقه ويكون هذا القانون متعارضا مع الدستور . ومن حيث أن أصلا من الأصول الدستورية هو أن يطبق القضاء القانون فيما يعرض له من الأقضية ، والقانون هنا هو كل قاعدة عامة مجردة أيا كان مصدرها سواء كان المصدر نصا دستوريا أو تشريعا يقرره البرلمان أو قرارا اداريا تنظيميا . . . ومن حيث أنه اذا تعذر على القضاء تطبيق هذه التشريعات جميعا لما قد يوجد بينها من تعارض ، وجب عليه أن يطبق القانون الأعلى فى المرتبة وأن يستبعد عن دائرة التطبيق القانون الأدنى اذا تعارض مع القانون الأعلى : فاذا تعارض قرار وزارى مع قرار من مجلس الوزراء وجب تطبيق قرار مجلس الوزراء دون القرار الوزارى . واذا تعارض مرسوم مع قانون ، وجب تطبيق القانون دون المرسوم . واذا تعارض قانون مع الدستور وجب تطبيق الدستور دون القانون » .

« ومن حيث أن تطبيق الدستور دون القانون عند التعارض ليس معناه الحكم بالغاء القانون ، فهذا ما لا تملكه المحكمة الا بنص صريح فى الدستور . ولا تستطيع المحكمة من جهة أخرى أن تطبق القانون عند تعارضه مع الدستور ، فهذا ما لا تملك الترخيص فيه الا برخصة دستورية صريحة ؛ وكل ما تملكه المحكمة عند سكوت الدستور هو أن تمتنع عن تطبيق القانون غير الدستورى فى القضية المعروضة عليها ، وقضاؤها فى هذا مقصور على هذه القضية بالذات ، دون أن تنقيد هى نفسها به فى قضية أخرى تنظرها بعد ذلك » .

« ومن حيث أن هذا النظر هو المستفاد من مبدأ فصل السلطات مفهوما على وجهه الصحيح ، فالسلطات التشريعية والقضائية ، كل منهما مستقلة عن الأخرى ، وكلتاها تخضع للدستور . فلا يجوز للسلطة القضائية أن تحكم بالغاء قانون باطل فى دعوى أصلية ترفع أمامها ، والا



بسطت سيطرتها على السلطة التشريعية • ولا يجوز للسلطة التشريعية أن تفرض على السلطة القضائية تطبيق تشريع يتعارض مع النصوص والمبادئ الدستورية فترغمها بذلك على مخالفة الدستور ، ومن ثم تفقد السلطة القضائية استقلالها، وينقلب خضوعها للدستور خضوعا للسلطة التشريعية • وهذا وذاك يتعارضان بداهة مع مبدأ فصل السلطات ... » •

ثم طبقت محكمة القضاء الإداري هذه المبادئ على الدعوى المرفوعة أمامها ، وكانت خاصة بطلب وقف تنفيذ أمر عسكري صادر بتحديد إقامة المدعى • فاعتبرت مخالفا للدستور المرسوم بقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٥٢ ، القاضي بمنع سماع أية دعوى بالطعن في تصرفات السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية - وهو الذي تمسكت الحكومة بتطبيقه توصلا الى منع سماع دعوى المدعى - لأن « اعفاء سلطة عامة اعفاء مطلقا من كل مسئولية تحققت فعلا في جانبها ، من شأنه أن يخل بحقوق الأفراد في الحرية وفي المساواة وفي التكاليف والواجبات ، فيكون ... مخالفا في هذه الناحية لأحكام الدستور » • وامتنعت بذلك عن تطبيقه في هذه الدعوى فلم تحكم بما يقضى به من عدم سماع الدعوى ، بل مضت في سماعها وناقشت الأسباب التي تقدمت بها الحكومة تبريرا لتحديد مكان إقامة المدعى ، فوجدتها في ظاهرها غير جدية ، فحكمت بالاستجابة لطلب المدعى ووقف تنفيذ الأمر الصادر بتحديد محل إقامته •

ولرجو أن يستقر بهذا الحكم حق القضاء في رقابة دستورية القوانين في مصر ، فتتحول المحاكم العادية عما تلتزمه من حذر وتخوف لا يوجد ما يبرره • وإذا كان الخلاف لم ينقطع بصدور الدستور الجديد لالتزامه ما كان يلتزمه الدستور القديم من صمت حيال مشكلة رقابة دستورية القوانين ، إلا أنه ينبغي تأكيد حق القضاء جميعا في مثل هذه الرقابة بالامتناع عن تطبيق أى قانون يصدر مخالفا لأحكام الدستور ، فتحترم



بذلك سيادة الدستور ، وهو التشريع الأعلى ، ويحترم كذلك مبدأ فصل السلطات على السواء .

## § ٥ - التقنين

### ١٤٩ - التقنين وضرورته

لا يخرج التشريع دائما في صورة واحدة : فقد يخرج مجزءا لا يتناول الا مسألة بعينها ، كقانون المحاماة أمام المحاكم الوطنية ، وقانون الشهر العقاري ، وقانون نظام القضاء . وقد يخرج مجمعا تجميعا علميا منطقيا ، يضم في وثيقة رسمية واحدة المسائل المتعلقة بفرع من فروع القانون .

ويطلق على عملية التجميع هذه اسم التقنين ، وكذلك يطلق هذا الاسم على الوثيقة الجامعة نفسها التي تضم النصوص التشريعية الخاصة بفرع من فروع القانون كالتقنين المدني ، وتقنين المرافعات وهكذا . وقد ينبغي - منعا للخلط - قصر اصطلاح « التقنين » (Le code) على الوثيقة الجامعة وحدها ، والتعبير باصطلاح « عملية التقنين » (La Codification) عن عملية التجميع نفسها .

وغنى عن البيان أن « التقنين » بالمعنى الاصطلاحي الدقيق انما هو تجميع رسمي من جانب الدولة للنصوص التشريعية الخاصة بفرع من فروع القانون ، أو هو تشريع جامع لهذا الفرع . فلا يطلق هذا الاصطلاح اذن على أى تجميع غير رسمي قد يقوم به بعض الكتاب أو الفقهاء ، اذ مثل هذا التجميع لا يعدو أن يكون مجرد عمل فقهي بحث ، لا يرتفع الى مرتبة التشريع الجامع ، أى الى مرتبة « التقنين » .

وعملية التقنين ضرورة يقتضيها تقدم المدنية ونشاط حركة التشريع نشاطا كبيرا لا يؤمن مع وفرته التعارض والتضارب بين نصوص التشريع المتناثرة ، فيحتاج الأمر الى جمع ما يخص من هذه النصوص كل فرع مستقل من فروع القانون في وثيقة واحدة جامعة ، تحقق التناسق بين



النصوص ، وترفع التعارض بينها ، وتيسر المرجع اليها بما تحصر وتركز من مظان البحث .

وقد أصبح التقنين اليوم في العصر الحديث أداة لتأكيد ما تبغفه الجماعة من وحدة سياسية . بل لقد أصبح كذلك مظهرا للاستقلال الوطنى تفتتح به الجماعات المتحررة حياتها عقب التخلص من الاستعمار «١» .

#### ١٥٠ - مهاجمة فكرة التقنين والرد عليها

سبق أن أشرنا من قبل - عند الكلام في المذهب التاريخى - الى ما كان من مهاجمة هذا المذهب لفكرة التقنين، تخوفا من أن يؤدي جمع أحكام القانون في تقنينات رسمية عدة الى جمود القانون وقعوده عن مسايرة التطور في الجماعة . وقلنا ان هذه المهاجمة انما تقوم على أساس فكرة خاطئة هي أن القانون يتكون آليا في ضمير الجماعة ، فقد أظهرنا ما في هذا الأساس من انكار لدور الارادة الانسانية البصيرة الواعية في تكوين القانون .

ونضيف الآن الى ذلك أن التخوف من جمود القانون بتقنيه تخوف لا يجد دائما ما يبرره . فليس صحيحا اطلاق القول بأن عملية التقنين أو التجميع تضي على نصوص التقنين من المهابة والقدسية ما يرد عن تعديلها وتغييرها بما يلائم تطور الحياة في الجماعة . ذلك أنه يبقى للمشرع دائما حق موالاة التقنين بالمراجعة والتعديل «٢» كلما تخلفت

---

(١) Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 321

(٢) قد يتخذ التعديل صورة تغيير بعض نصوص التقنين مع الإبقاء على موضعها فيه . ولكنه قد يتخذ صورة اضافة نظم جديدة بتشريعات جزئية تظل خارج نطاق التقنين ، أما لأن التقنين لا يتسع - امام ترقيم نصوصه المتسلسل - لتضمينها بينها ، وأما لأنها من قبيل التنظيمات التفصيلية لبعض نصوص التقنين الكلية التى يحسن تجنيب التقنين الخوض فيها كقانون الشهر العقارى ، وأما لأن لها صفة استثنائية موقوتة بظروف معينة تنأى بها عن مجال التقنين في عمومته ودوامه كقانون اجارات الاماكن الذى ظهر معالجة لازمة المساكن .

( انظر في تعديل التقنين :

( Ripert et Boulanger, op. cit., Nos. 323-327



نصوصه عن الوفاء بما يستجد من حاجات الجماعة ؛ والثابت - كما دلت التجارب - أن المشرع لا يحجم عن السير في طريق المراجعة والتعديل ، كلما دعت الضرورة الى ذلك .

فضلا عن أن الغالب في التقنين هو الاقتصار على العام من المبادئ والكليات ، دون الخوض في الخاص من التفاصيل والجزئيات ، فتعتبر نصوصه بذلك في يد القضاء أداة طيعة مرنة ، يتوصل - بماله من حرية في التفسير - الى ملاءمتها وتكييفها - رغم بعد العهد بوضعها - وفقا لما يستجد من ظروف في الحياة العملية .

يضاف الى ذلك أن المآخذ على التقنين هي في جوهرها مآخذ على التشريع ، تنبع من فكرة واحدة هي فكرة انبعاث القانون من ضمير الجماعة انبعاثا ذاتيا وتطوره بالتالى تطورا آليا ، مما يستتبع أن لا يكون حبيس نصوص مدونة ، بل يترك حرا طليقا يجرى ويتطور به العرف . ولكن الثابت أن العرف لم يعد يفي بمطالب الحياة الحديثة المتكاثرة والمتعقدة ، وأن التشريع قد غدا اليوم ضرورة تواجه هذه المطالب ، وخاصة بعد ازدياد تدخل الدولة نتيجة انتشار المذهب الاجتماعى ، وما التقنين الا صورة من صور التشريع يزيد عليه فائدة بما يجمع من مبعثر النصوص ، ويوافق بينها على أساس منطقى سليم ، ويسر الاحاطة بها والرجوع اليها . ولئن قيل ان ظهور التقنيات الفرنسية في أوائل القرن التاسع عشر ، قد ولد « مذهب التزام النص » الذى قام على أساس من تقديس النصوص تقديسا جر الى جمود القانون الفرنسى ، فالرد على ذلك سهل ميسور . فلك أن هذا المذهب - ان كان قد لبث في أعقاب صدور التقنيات - فلم يكن ذلك الا نتيجة تصور خاطئ لفكرة القانون من اعتباره وليد ارادة الدولة ومشيئتها .



فهذا التصوير الخاطيء للقانون ، وتلك النظرة الشكلية البحث الى تكوينه ، هو الذى أوجد فى الفقه مذهب تقديس نصوص التشريع ، باعتبار أن التشريع هو وسيلة الدولة الوحيدة وأداتها فى صنع القانون وفرضه . فمثل هذا المذهب اذن كان لابد أن يوجد ، مع وجود مثل هذه النظرة الى القانون . فلم يكن ظهور التقنيات اذن هو سبب نشأته ، وان يكن ظهورها قد أعان على تثبيت هذا التصوير الشكلى الخاطيء للقانون فى الأذهان ، ويمكن لاشاعة تقديس ارادة الدولة ونصوص التشريع فى النفوس .

فالتقنيات الفرنسية كانت أول عمل تشريعى ضخيم تولته دولة فى العصر الحديث ، مما مد فى الحجة لأنصار فكرة عقد القانون بمشيئة الدولة ، وصور لهم أن مثل هذه التقنيات قد جمعت فأوعت وأحاطت بكل شئ . غير أن تقدم العمر بهذه التقنيات وما صاحبه من تطور كبير فى المجتمع الفرنسى ، لم يلبث أن كشف عن خطأ النظرة الى هذه التقنيات باعتبارها شاملة وافية كاملة ؛ فضاعت بذلك أسطورة قدسيتهما ، وانكشف فساد « مذهب التزام النص » فى تفسيرها . فظهرت مذاهب أخرى تدعو الى حرية أكبر فى التفسير ، أدى رواجها الى دحض اتهام التقنين باجمود بالقانون .

وأيا ما كان الأمر ، فقد بدد الواقع أوهام خصوم التشريع والتقنين ، فانتشر التشريع وراجت عملية التقنين ، ولم يستتبع ذلك لاقدية التقنين ولا جمود القانون . فوجود تقنيات عدة لم يمنع المشرع المصرى أخيرا — حين دعت الحاجة — من الغائها واستبدال غيرها بها . ووجود التقنيات الفرنسية منذ قرن ونصف من الزمان لم يجمد بالقانون الفرنسى ، اذ لم يزل القضاء الفرنسى يذلل من نصوصها — بما اختط لنفسه من حرية فى التفسير — حتى لم تعد اليوم متخلفة عن مواجهة الحاجات والظروف العالية للمجتمع الفرنسى .



### ١٥١ - حركة التقنين في العصر الحديث

إذا كانت حركة التقنين منتشرة ورائجة في العصر الحديث ، فإن جذورها ممتدة في الماضي فيما عرفه الرومان من تقنين بدائي كالألواح الاثنى عشر ، ثم فيما عرفوه في القرن السادس الميلادي من تقنين أكثر احاطة وشمولا هو مجموعة جستنيان • ولعل أول مظهر جدي علمي لحركة التقنين ، كان هو صدور التقنين المدني الفرنسي المعروف بتقنين نابليون (Le Code Napoléon) سنة ١٨٠٤ ، وما تلاه في فرنسا من تقنينات أخرى خاصة بباقي فروع القانون • ثم ما لبثت حركة التقنين التي ابتدأتها فرنسا في العصر الحديث أن عمت أكثر الدول «<sup>١</sup>» ، وامتدت حتى الى ألمانيا وهي مهد المذهب التاريخي عدو التقنين •

### ١٥٢ - حركة التقنين في مصر

لم تعرف مصر حركة التقنين في عهدها الحديث قبل الربع الأخير من القرن الماضي • فرغم تبعيتها للدولة العثمانية حينئذ ، لم تطبق فيها « مجلة الأحكام العدلية » التي أصدرتها هذه الدولة سنة ١٨٦٩ ، كتقنين لأحكام المعاملات في الشريعة الاسلامية ، نظرا لما كانت تتمتع به مصر من استقلال تشريعي وقضائي •

وكذلك قلتن كانت بعض أحكام الشريعة الاسلامية قد جمعت في مصر تجميعا علميا فيما أصدره قدرى باشا من مجموعات ثلاث هي: « كتاب الأحوال الشخصية » في قواعد الأحوال الشخصية ، و « مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان » في قواعد المعاملات المالية ، و « قانون العدل والانصاف » في قواعد الوقف ؛ الا أن هذه المجموعات لا تعتبر تقنينات بالمعنى الاصطلاحي ، لأنها مجرد مجهود فردي ، فليست لها صفة رسمية أو تشريعية تجعل لها قوة الزام في العمل •

---

(١) أنظر في انتشار حركة التقنين في العصر الحديث وتعداد التقنينات المدنية خاصة في مختلف الدول :

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 371-376.



ثم عرفت مصر حركة التقنين بإنشاء المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٥ ، اذ وضعت ستة تقنينات أخذت عن التقنينات الفرنسية — مع خلاف يسير — لتطبيقها هذه المحاكم ، هي التقنين المدنى ، وتقنين المرافعات ، والتقنين التجارى ، والتقنين البحرى ، وتقنين العقوبات ، وتقنين تحقيق الجنايات . ثم أنشئت المحاكم الأهلية سنة ١٨٨٣ ، فوضعت لها ستة تقنينات أخرى على غرار التقنينات المختلطة .

غير أن العمل لم يلبث أن أظهر نقص هذه التقنينات التى وضعت على عجل لمواجهة انشاء المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية ، وتخلفها عن ارضاء اتجاهات القانون الحديث . فلم يكن بد من مراجعتها مراجعة شاملة ، خاصة وقد ألغيت المحاكم المختلطة واستردت مصر سيادتها التشريعية والقضائية كاملة على الأجانب . فاستبدل بالتقنين المدنى وتقنين المرافعات المدنية والتجارية تقنينان جديدان دخلا دور التنفيذ منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . واستبدل بتقنين «تحقيق الجنايات» تقنين جديد سعى تقنين « الاجراءات الجنائية » تصحيحا للتسمية الأولى ، وعمل به ابتداء من ١٥ نوفمبر سنة ١٩٥١ . ولم يتم بعد الفراغ من مراجعة التقنينين التجارى والتقنين البحرى ، رغم أن الحاجة باتت ماسة الى مثل هذه المراجعة أمام ما أصاب التجارة والملاحة البحرية فى هذا القرن من نمو وتطور كبير . أما تقنين العقوبات ، فقد نقح تنقيحا شاملا مرتين : الأولى سنة ١٩٠٤ ، والأخيرة سنة ١٩٣٧ .



## ثانياً — الدين المصدر الاصلى الخاص

### ١٥٣ — تمهيد

تكلّمنا من قبل عن الدين باعتباره مصدراً رسمياً للقانون بوجه عام ، ورأينا تفاوت سلطانه — فى هذا الاعتبار — بتفاوت الجماعات وتفاوت الزمان . ويعنينا الآن أن نعرض للدين باعتباره مصدراً رسمياً أصلياً للقانون المصرى بوجه خاص . وهذا يتطلب أولاً التفرقة بين عهدين : العهد الذى سبق صدور التقنيات المصرية الأولى أى التقنيات المختلطة والأهلية فى أوائل الربع الأخير من القرن الماضى ، والعهد الذى تلا صدور هذه التقنيات ، ثم الوقوف على أثر حركة التشريع الحديثة فى تضيق نطاق ولاية الدين كمصدر رسمى أصلى .

### ١٥٤ — مركز الدين فى القانون المصرى قبل صدور التقنيات الأولى

كان النظام القانونى فى مصر قبل صدور هذه التقنيات قائماً منذ الفتح الإسلامى على أساس دينى بحت ، إذ كانت الشريعة الإسلامية هى السائدة باعتبارها الشريعة ذات الولاية العامة بالنسبة إلى كل المسائل وإلى كل الأشخاص دون نظر إلى اختلاف عقائدهم الدينية . وكان معترفاً للشرائع الدينية الأخرى — بمقتضى الامتيازات الطائفية التى منحت لغير المسلمين فى الدولة العثمانية وامتدت إلى مصر — بولاية محدودة فى بعض مسائل الأحوال الشخصية .

### ١٥٥ — مركز الدين فى القانون المصرى بعد صدور التقنيات الأولى

غير أن هذه المرتبة الأولى للشريعة الإسلامية بين المصادر الرسمية للقانون المصرى ، لم تلبث أن تخلفت بإنشاء المحاكم المختلطة والمحاكم



الأهلية ، وإصدار التقنيات المختلفة — مختلطة وأهلية — في أوائل الربع الأخير من القرن الماضي . إذ قفز التشريع بذلك الى الطليعة بين مصادر القانون المصرى ، فأصبح هو المصدر الرسمى الأول ، واعتبر صدور هذه التقنيات ناسخا لأحكام الشريعة الإسلامية — باعتبارها الشريعة ذات الولاية العامة حتى ذلك الحين — فيما تضمنته هذه التقنيات من مسائل . وعلى هذا النحو ضاق نطاق الدين وانكمش سلطانه — باعتباره مصدرا رسميا للقانون المصرى — انكماشاً كبيراً .

ومن هنا ، فرغم أن التشريع والدين يعتبران مصدرين رسميين أصليين ، أى تكون لهما الولاية أصلاً فيما يتعرضان له من مسائل ، إلا أن نطاق هذه الولاية يتفاوت بينهما تفاوتاً كبيراً . فولاية التشريع عامة تمتد في الأصل الى كل المسائل . وأما ولاية الدين ، فخاصة لا تمتد إلا الى مسائل معينة محدودة ، هى التى تخرج استثناء عن ولاية التشريع العامة . ولذلك قلنا إن التشريع هو المصدر الأسمى العام والدين هو المصدر الأسمى الخاص .

والواقع أن التقنيات المختلطة والأهلية عند صدورهما في أوائل الربع الأخير من القرن الماضي ، قد أغفلت التعرض لنوعين من المسائل : النوع الأول ، مسائل الأحوال الشخصية بوجه عام ، والنوع الثانى ، المسائل المتعلقة بالوقف بوجه خاص ، وهى بطبيعتها من مسائل الأحوال العينية . وبذلك ظلت هذه المسائل جميعاً محكومة بالنظام السائد فى مصر قبل صدور هذه التقنيات ، أى بقى المصدر الرسمى فى شأنها هو الدين على تفاوت فى الولاية بشأنها بين الديانات المختلفة السائدة فى مصر على التفصيل التالى .

#### ١ - مسائل الوقف :

يقصد بمسائل الوقف — كما تحددها المادة ١٦/١ من قانون «نظام القضاء» — « المنازعات والمسائل المتعلقة بإنشاء الوقف أو بصحته أو



بالاستحقاق فيه أو بتفسير شروطه أو بالولاية عليه أو بحصوله في مرض الموت .

وكل هذه المسائل ظلت — منذ صدور التقنيات المصرية الأولى — داخلية في نطاق ولاية الدين ، اذ بقى المصدر الرسمى الأصلى لها هو الشريعة الاسلامية . فلم يجر فقهاء الاسلام ، ولا جرت الامتيازات الطائفية التى ورثتها مصر عن الدولة العثمانية ، على اعطاء الولاية فى شأن مسائل الوقف الى الشرائع الدينية الأخرى . ولذلك كانت الولاية فى شأنها الى الشريعة الاسلامية باعتبارها صاحبة الولاية العامة فى كل مسائل القانون قبل صدور التقنيات الأولى . ولم تتغير تلك الحال بصدور هذه التقنيات ، اذ لم تتضمن هذه التقنيات تنظيما تشريعيا لمسائل الوقف — نظرا لأن الوقف نظام تأصل لدى فقهاء الشريعة الاسلامية ، ولأنه لا يتصل بالعقيدة الدينية أو يحمل مظنة الارغام فيها — فتركها يجرى الحال فى شأنها كما كان من قبل ، وبذلك ظلت الولاية فى شأنها للشريعة الاسلامية وحدها . فهذه الشريعة اذن — قبل صدور هذه التقنيات ومنذ صدورها — كانت هى المصدر الرسمى فى مسائل الوقف ، وكانت هى التى تحكم هذه المسائل أصلا ، بالنسبة الى الأجانب والمصريين على السواء وبالنسبة الى المصريين على اختلاف عقائدهم الدينية .

## ٢ - مسائل الأحوال الشخصية :

لم تتعرض التقنيات المصرية الأولى — عند صدورها — لمسائل الأحوال الشخصية بوجه عام ، وبذلك بقيت الولاية فى شأنها الى الدين كما كانت الحال قبل صدور هذه التقنيات .

وقد ينبغى — للوقوف على مركز الدين باعتباره مصدرا رسميا فى مسائل الأحوال الشخصية — الاحاطة أولا بمضمون هذه المسائل ونطاقها ، لمعالجة مدى ولاية الدين فى شأنها من بعد .



(١) نطاق الأحوال الشخصية : كان تحديد مضمون اصطلاح الأحوال الشخصية محل خلاف في الفقه والقضاء . و مرجع هذا الخلاف الى عاملين : فمن ناحية ، لم تكن لائحة المحاكم الأهلية ولا لائحة المحاكم المختلطة تتضمن — وهي بصدد منع هذه المحاكم من النظر في مسائل الأحوال الشخصية — تحديدا شاملا لتلك المسائل ، وانما كانت تقتصر على مجرد التمثيل لها دون التعريف بها تعريفا جامعا أو تعديدها على سبيل الحصر . ومن ناحية أخرى كان التقليد جاريا على النظر الى اصطلاح «الأحوال الشخصية» نظرة واسعة تبسطه على كل ما قد يمت الى الدين بصلة حتى ولو كانت بعيدة ، مما أدرج تحت هذا الاصطلاح مسائل لا تدخل بطبيعتها في مدلوله كالهبة والميراث والوصية .

وقد أتيح لمحكمة النقض أن تقول كلمتها في تحديد هذا الاصطلاح فقضت بأن « المقصود بالأحوال الشخصية هو مجموعة ما يتميز به الانسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثرا قانونيا في حياته الاجتماعية ، ككون الانسان ذكرا أو أنثى ، وكونه زوجا أو أرملا أو مطلقا أو أبا أو ابنا شرعيا ، أو كونه تام الأهلية أو ناقصا لصغر سن أو عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية . أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية ، فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية . . . غير أن المشرع المصري وجد أن . . . الهبة والوصية — وكلها من عقود التبرعات — تقوم غالبا على فكرة التصديق المندوب اليه ديانة ، فالجاء هذا الى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية «١» .

وأيا ما كان الأمر ، فيمكن الاستهداء في تعرف مسائل الأحوال الشخصية بالمادة ١٣ من قانون « نظام القضاء » ، التي ذكرت — بصدد

---

(١) نقض مدني ، ٢١ يونيو ١٩٣٤ ، مجموعة عمر ، ج ١ ، رقم ٢٠٠ ، ص ٤٥٤ .



تحديد ولاية المحاكم بشأن مسائل الأحوال الشخصية للأجانب — يانا  
وافيا لهذه المسائل • فهذه المادة تقرر أنه « تشمل الأحوال الشخصية  
المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم ؛ أو المتعلقة بنظام  
الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة ، والمهر  
والدوطة ونظام الأموال بين الزوجين ، والطلاق والتطليق والتفريق ،  
والبنوة والاقرار بالأبوة وانكارها ، والعلاقة بين الأصول والفروع ،  
والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار ، وتصحيح النسب والتبني ؛ والولاية  
والوصاية والقيامه والحجر والاذن بالادارة وبالغيبه ، وباعتبار المفقود  
ميتا ؛ وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من  
التصرفات المضافة الى ما بعد الموت » •

وينبغي أن يراعى — بصدد تحديد نطاق « الأحوال الشخصية » —  
أن الهبة لم تعد تعتبر اليوم من مسائل الأحوال الشخصية كما كان التقليد  
جاريا على ذلك من قبل ، وانما تعتبر من مسائل الأحوال العينية كما تقضى  
بذلك طبيعتها • فقد عنى التقنين المدني الجديد بتفصيل أحكامها وشروطها  
الموضوعية والشكلية باعتبارها عقدا من العقود ، اذ عرض لها في كتابه  
الثاني الخاص بالعقود المسماة في الباب الأول منه المخصص للعقود التي  
تقع على الملكية •

وعلى هذا النحو يمكن أن نرد مسائل الأحوال الشخصية الى  
مجموعات ثلاث :

(١) المسائل المتعلقة بالهالة والأهلية والولاية على المال •

(٢) المسائل المتعلقة بالأسرة •

(٣) المسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا •

فما حظ الدين كمصدر رسمي في حكم هذه المسائل ؟ • وما هو  
المقصود بالدين في هذا الصدد ؟ • ذلك ما نعرض له فيما يلي •



(٢) مدى ولاية الدين في مسائل الأحوال الشخصية : قلنا ان التقنيات المصرية التي صدرت في أوائل الربع الأخير من القرن الماضي تركت مسائل الأحوال الشخصية بوجه عام ، فلم تعرض لها بحكم أو تنظيم ؛ وبذلك ظلت الأحوال الشخصية خاضعة — بعد صدور هذه التقنيات — للنظام الذي كانت خاضعة له قبل صدورها .

والواقع أن النظام السائد في مصر قبل صدور التقنيات فيها ، كان قائما على اعتبار الشريعة الاسلامية هي الشريعة العامة ، أى الشريعة ذات الاختصاص العام بالنسبة الى كل المسائل ، أى سواء كانت داخلية في نطاق الأحوال العينية أو الأحوال الشخصية ، وبالنسبة الى كل الأشخاص مسلمين وغير مسلمين على السواء . غير أنه أيجح استثناء — تمكينا لحرية العقيدة عند غير المسلمين واتباعا لما جرى عليه التقليد في الدولة العثمانية من اثبات امتيازات طائفية لهم — الاعتراف بولاية الشرائع الدينية الأخرى في بعض مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة الى الخصوم التابعين بملتهم الى هذه الشرائع .

وعلى هذا النحو ، يمكن أن نقول — وصدور التقنيات المصرية الأولى لم يغير في شيء من هذا النظام فيما يتعلق بالأحوال الشخصية — ان الولاية في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة الى المصريين على اختلاف عقائدهم الدينية تثبت أصلا للشريعة الاسلامية باعتبارها الشريعة العامة في ولاية هذه المسائل ، وتثبت استثناء للشرائع الدينية الأخرى بقيود وشروط معينة .

فالديانات المختلفة السائدة في مصر — ان كانت تعتبر اذن مصادر رسمية في مسائل الأحوال الشخصية — الا أنها لا تقف على قدم المساواة في مدى ولايتها في هذا الشأن .



**فولاية الشريعة الاسلامية عامة ، تحكم في الأصل عموم مسائل الأحوال الشخصية ، وتتوجه بأحكامها الى المسلمين وغير المسلمين من المصريين على السواء .**

**اما الشرائع الدينية الأخرى فلا تتمتع الا بولاية مقيدة واختصاص محدود على سبيل الاستثناء .** فولايتها قاصرة من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع على حد سواء ، وهو ما نوضحه فيما يلي :

**١ - ولاية الشرائع الدينية غير الاسلامية من حيث الأشخاص :** قلنا ان ولاية الشرائع الدينية غير الاسلامية ولاية استثنائية في مسائل الأحوال الشخصية . وتبدو الصفة الاستثنائية لهذه الولاية من حيث الأشخاص الخاضعين لها . فولاية هذه الشرائع معقودة باتحاد الخصوم في الدين أو الملة . فاذا افرق الخصوم غير المسلمين في الدين أو الملة ، ظلت الولاية في شأن مسائل أحوالهم الشخصية للشريعة الاسلامية باعتبارها الشريعة العامة في هذه المسائل .

**٢ - ولاية الشرائع الدينية غير الاسلامية من حيث الموضوع :** وكذلك تبدو الصفة الاستثنائية لولاية الشرائع الدينية غير الاسلامية من ناحية الموضوع ، اذ تجب التفرقة - تبعاً لاختلاف الموضوع - بين لما لهذه الشرائع الدينية غير الاسلامية من ولاية ملزمة ، وبين مالها من مجرد ولاية تحكيمية .

**١ - الولاية الملزمة :** يقتصر الاختصاص الملزم للشرائع الدينية غير الاسلامية على مسائل الأحوال الشخصية التي قد يحل اخضاعها لنظام دون آخر معنى الارغام في العقيدة؛ وهي تكاد تنحصر في الزواج وما يتفرع عنه من حضانة وتفقة وطلاق وتطليق وتفريق . وقد عبرت محكمة النقض عن هذا القيد - في حكم شهير لها - بقولها ان « المقصود بالأحوال الشخصية التي من اختصاص ( المجالس المليية ) لا يمكن أن يكون الا المواد المذهبية أو الروحية التي لا تتصادم مع القواعد الأساسية في التشريع



والتقاليد المتبعة في ذلك ازاء الطوائف المالية جميعا والتي لم يرد الشارع الخروج عنها بأى حال « ١ » .

ولذلك ففى شأن هذه الموضوعات والمسائل ، تكون ولاية كل من الشرائع الدينية غير الاسلامية ولاية ملزمة للخصوم ماداموا ينتمون بملتهم اليها ؛ فلا يحل لهم التراضى - فى شأنها - على الاحتكام الى شريعة دينية غيرها ، ولو كانت هى الشريعة الاسلامية ذات الولاية العامة .

**ب - الولاية التحكيمية :** يكون للشرائع الدينية غير الاسلامية مجرد ولاية تحكيمية فى مسائل الموارىث والوصايا ، حيث لا تتصل هذه المسائل بالعقيدة الدينية اتصالا وثيقا ينهض لجعل ولاية الشرائع الدينية غير الاسلامية فى شأنها ولاية ملزمة كما هى صفة هذه الولاية فى شأن مسائل الزواج والطلاق .

فالأصل أن الشريعة الاسلامية هى القانون الواجب التطبيق فى هذه المسائل بالنسبة للمصريين جميعا ، مسلمين وغير مسلمين . ولكن يباح لغير المسلمين ، عن طريق الاستثناء البحث ، الاحتكام الى شرائعهم الدينية فى شأنها . وهذا الاحتكام معقود بشرطين : الأول ، اتحاد الملة بين الخصوم وهذا هو الشرط العام فى ولاية الشرائع الدينية غير الاسلامية . والثانى اتفاق الخصوم الذين تعتبرهم الشريعة الاسلامية ورثة فى نظرها ، وتراضيتهم على الخضوع لشريعتهم الدينية أو المالية التابعين لها .

وقد أكدت محكمة النقض فى حكمها السابق الاشارة اليه أن الولاية فى مسائل الموارىث والوصايا للشرائع والمجالس الطائفية غير الاسلامية هى مجرد ولاية تحكيمية بحتة ، بقولها ان « الاحتكام الى المجلس الملى فى مسائل الموارىث لا يكون الا استثناء فى حالة الميراث الطبيعى . فاذا لم يتفق ذوو الشأن - وهم الورثة على حسب الشريعة الاسلامية باعتبارها

(١) نقض اول ابريل سنة ١٩٤٣ ، مجموعة عمر ، ج ٤ ، رقم ٣٧ ،



مصدر الأحكام العامة في ذلك - على الاحتكام الى هذا المجلس ، كان لا مناص من التقاضى أمام جهة الأحوال الشخصية ذات الولاية العامة وهى المحكمة الشرعية ، يستوى في ذلك الميراث الطبيعى والايصائى اذ هما مرتبطان كل الارتباط أحدهما بالآخر «١» .

وقد كان هذا الحكم كفيلا بقطع كل خلاف حول الصفة التحكيمية لولاية الشرائع والمجالس المالية غير الاسلامية في مسائل الموارث والوصايا، ولكن المشرع رأى أن يزيد في تأكيد هذا المعنى ، فأصدر القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٤٤ الذى نص على أن «قوانين الموارث والوصية وأحكام الشريعة الاسلامية فيها هى قانون البلد فيما يتعلق بالموارث والوصايا ؛ على أنه اذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته في حكم الشريعة الاسلامية وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقا لشريعة المتوفى» .

والخلاصة مما سبق أن الدين يعتبر مصدرا رسميا أصليا للقانون المصرى في مسائل الأحوال الشخصية بوجه عام ، بمعنى أن الشريعة الاسلامية هى الشريعة ذات الولاية العامة في هذه المسائل بالنسبة الى جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين ؛ وأن الشرائع الدينية الأخرى لها مجرد ولاية استثنائية بحتة - حيث تتحد الملة بين الخصوم - في المسائل المذهبية أو الروحية كالزواج وما يتفرع عنه ، وفي المسائل التى يباح فيها التحكيم بشرط التراضى عليه بين ذوى الشأن من الخصوم ، وهى على وجه التحديد الميراث والوصية .

---

(١) يراعى أن الحكم انما يتكلم عن الاختصاص القضائى وحده . ولكن من الواضح أن مضمونه ينصرف كذلك الى الاختصاص القانونى (أو التشريعى)، اذ كان هناك تلازم - قبل الغاء المحاكم الشرعية والمجالس المالية - بين اختصاصها القضائى وولاية ما تطبقه من شرائع دينية في شأن مسائل الأحوال الشخصية .



## ١٥٦ - أثر نشاط حركة التشريع الحديثة في مركز الدين كمصدر رسمي أصلي للقانون المصري

قلنا انه بعد صدور التقنيات المصرية في أوائل الربع الأخير من القرن الماضي ، ظل الدين معتبرا مصدرا رسميا أصليا للقانون المصري في حدود المسائل التي أغفلت تنظيمها تلك التقنيات : فكانت الشريعة الإسلامية هي الشريعة العامة في مسائل الوقف ومسائل الأحوال الشخصية ، وكانت الشرائع الدينية الأخرى - الى جنبها - ذات ولاية استثنائية محدودة بما يباح فيه التحكيم من مسائل الأحوال الشخصية ، وما يتعلق من هذه المسائل بالأمور المذهبية أو الروحية .

غير أن حركة التشريع لم تلبث أن نشطت في القرن الحالي نشاطا كبيرا في تلك المسائل المتروكة أصلا لولاية الدين ، مما كان له أثره في تضيق مدى هذه الولاية الى حد بعيد .

فصدر قانون « المجالس الحسينية » في ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ موحدا القواعد القانونية المتعلقة بالأهلية والولاية على المال بين المصريين جميعا دون نظر الى اختلاف دياناتهم ؛ وقد استمدت أحكام هذا القانون من قواعد الشريعة الإسلامية في هذا الشأن . ولقد أحسن المشرع المصري بهذا التوحيد في مسائل كهذه ينتفى فيها حرج الارغام في العقيدة ، لاقطاع صلتها بالأمور المذهبية أو الروحية . ثم استبدل بهذا القانون ، القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالمحاكم الحسينية ؛ ولم يلبث أن استبدل بهذا القانون الأخير - فيما يتعلق بأحكامه الموضوعية - القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال .

وصدر كذلك القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، بوضع قواعد جزئية متعلقة ببعض مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالمسلمين ، كالنكاح والنسب والحضانة والنفقة والطلاق والتطليق والتفريق .

ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بشأن الموارث ،



والقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوقف ، والقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوصية .

وبصدور كل ما تقدم من قوانين ، أصبح المصدر الرسمى الأسمى اليوم لما تتضمنه هذه القوانين من أحكام هو التشريع لا الدين . ولكن تبقى الشريعة الإسلامية التى استقيت منها تلك القوانين مصدرا تاريخيا أو ماديا لأحكامها .

فهذه التشريعات اذن قللت من مدى ولاية الدين كمصدر رسمى أصلى للقانون المصرى الى حد بعيد ، ولكنها لم تعد هذه الولاية اطلاقا . فما زال للدين مركزه كمصدر رسمى أصلى فى كل ما لم يتناوله التشريع بالتنظيم من النطاق المتروك أصلا للدين ، على التفصيل الذى سبق بيانه من اعتبار ولاية الشريعة الإسلامية — فى هذا النطاق — ولاية عامة وولاية الشرائع الأخرى مجرد ولاية استثنائية محدودة .

ولذلك تنص المادة ٨٧٥/١ من التقنين المدنى الجديد على أن « تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم فى الارث وانتقال أموال التركة اليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها » . وتنص المادة ٩١٥ من نفس التقنين على أنه « تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها (١) » .

---

(١) يستند بعض الفقهاء الى هاتين المادتين للقول بأنهما تتضمنان نسخا للقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٤٤ ، الذى يجعل للشرائع الدينية غير الإسلامية ولاية تحكيمية استثنائية فى مسائل الميراث والوصية . فالراى عندهم — وهو ما يؤيدونه بما أورده المذكرة الإيضاحية لمشروع هاتين المادتين ( مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٦ ، ص ٢٠٥-٢٠٦ و ٢٩٢-٢٩٤ ) — أن أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأن الميراث والوصية أصبحت تطبق اليوم وحدها ودون أى استثناء على المصريين جميعا مسلمين وغير مسلمين ، بحيث لم تعد للشرائع الدينية الأخرى أية ولاية تحكيمية فى هذا الشأن ، فلا يقبل من غير المسلمين التراضى على الخضوع لأحكامها فى شئون مواريتهم ووصاياهم . ( انظر فى هذا المعنى : عبد المنعم فرج الصدة ، =



وكذلك تنبه المذكرة التفسيرية للقانون الصادر في شأن الوقف الى  
« أن هذا القانون ليس شاملا لكل أحكام الوقف ، وأنه فيما عدا الأحكام  
الواردة به يجب الرجوع الى الراجع من مذهب الامام أبي حنيفة طبقا  
لأحكام المادة ٢٨٠ من القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٣١ المشتل على لائحة  
ترتيب المحاكم الشرعية والاجراءات المتعلقة بها » .

== نظرية الحق في القانون المدني الجديد ، ١٩٥٠ ، لفقرة ٣٨ . - عبد المنعم  
الشرقاوى، شرح المرافعات المدنية والتجارية، فقرة ١٣١، ص ١٩٩ و ٢٠٠ . -  
محمد على مرغه ، أسباب كسب الملكية، ١٩٥٥ ، فقرة ٣٨٦ ولفقرة ٣٩٦ .

وعندنا أن هذا النظر غير صحيح . فالحكم الوارد في هاتين المادتين انما  
هو حكم عام قصد به الاحالة الى الشريعة العامة - وهى الشريعة الاسلامية -  
في بلد كمصر لتعدد فيه الشرائع في هذه المسائل ( في هذا المعنى : احمد أبو الوفا  
المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٢ ، فقرة ٢٣٧ ) ، أما الحكم  
الوارد في القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٤٤ ، فهو حكم خاص قصد به بيان  
ما للشرائع الدينية الاخرى من ولاية استثنائية على سبيل التحكيم في  
هذا الشأن؛ والحكم العام لا ينسخ الحكم الخاص كما هى القاعدة فى الالفاء .

وهذا ما استظهره المشرع المصرى فعلا ، فانه قد حرص - فى المشروع  
التمهيدى للمادتين المذكورتين - على أن ينص على أن تسرى على الميراث  
والوصية أحكام الشريعة الاسلامية والنصوص التشريعية فى شأنها ، وذلك  
فيما لم يرد بشأنه نص او حكم خاص ( مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون  
المهنى ، ج ٦ ، ص ٢٠٥ و ٢٩٣ ) . واذا كانت لجنة المراجعة قد أرتأت من  
بعد حذف الاشارة الى أن تطبيق الشريعة الاسلامية والتشريعات الصادرة فى  
هذا الشأن مقيد بعدم وجود أحكام خاصة مخالفة ( مجموعة الاعمال  
التحضيرية ، ج ٦ ، ص ٢٠٦ و ٢٩٤ ) ، فما ذلك الا لان هذا المبدأ - فيما  
يقضى به من استعصاء نسخ الحكم الخاص بحكم عام ، ومن وجوب تطبيق  
الحكم الخاص الى جانب الحكم العام باعتباره استثناء واردا عليه - مبدأ  
مسلم مستخلص من القواعد العامة دون حاجة الى التزيد بالنص عليه  
صراحة فى هذا المجال .

هذا فضلا عن أن التقنين المدني - كما تقول بحق محكمة النقض - ليس  
« موطننا لوضع قواعد للتنازع الداخلى فى مسائل الميراث والوصية » ( نقض  
١٩٤٣/٤/١ السابق الاشارة اليه ) ، حتى يمكن أن يقلل انه اتى ناسخا  
بالمادتين المذكورتين لقانون سنة ١٩٤٤ . ولا اعتبار للاحتجاج بما ورد فى المذكرة  
الايضاحية ، مؤيدا هذا القول ، فليست لمثل هذه المذكرة حجية ملزمة - كما  
هى القاعدة فى التفسير - امام ما يتضح من وجوب الأخذ بعكسها .



**والخلاصة** من كل ما تقدم ، أن الدين ظل — عقب صدور التقنيات الأولى في أواخر القرن الماضي — مصدرا رسميا أصليا للقانون المصري في نطاق مسائل الأحوال الشخصية والوقف، وأن هذا النطاق قد ضاق من بعد الى حد بعيد نتيجة نشاط حركة التشريع الحديثة في داخله .

ولم يتغير هذا الوضع بالغناء المحاكم الشرعية والمجالس المليية أخيرا ، فإن المحاكم العادية اليوم — رغم توليها الفصل في هذه المسائل بالنسبة الى الجميع على اختلاف الدين — ما تزال تقضى ، تبعا لاختلاف عقائد الخصوم ، بالشريعة الاسلامية والشرائع الدينية الأخرى ، كل منها في حدود ولايته .

فالمقصود اذن باعتبار الدين اليوم مصدرا رسميا أصليا للقانون المصري ، الدلالة على ما للشريعة الاسلامية من ولاية عامة في كل ما لم يتناوله التشريع بالتنظيم من هذا النطاق ، وعلى ما للشرائع الدينية الأخرى في ذلك من ولاية استثنائية قاصرة — عند اتحاد الملة بين الخصوم — على الأحوال الروحية أو المذهبية وأحوال التحكيم .

وسنرى فيما بعد عند الكلام في مدى سريان القاعدة القانونية في المكان وبالنسبة الى الأشخاص ، أن تعدد الشرائع الدينية التي لها ولاية متفاوتة في حدود ما سبق بيانه من نطاق ، يصدر وحدة القانون ويمنع من تطبيق القانون المصري التطبيق الاقليمي الكامل .

وأيا ما كان الأمر ، فلئن كانت الشريعة الاسلامية تعتبر — مع ما يرادفها من شرائع دينية أخرى — مصدرا رسميا أصليا خاصا فيما سبق بيانه من نطاق محدود ، فإنها تنفرد وحدها — فيما وراء هذا النطاق — باعتبارها كذلك مصدرا رسميا تكميليا يلجأ اليه لاكمال ما قد يقوم بالتشريع وبالعرف بعده من نقص ، وهو ما نعرض لبيانه فيما يلي بصدد المصادر الاحتياطية للقانون المصري .



## المطلب الثاني

### المصادر الاحتياطية

#### ١٥٧ - الحاجة الى المصادر الاحتياطية

قلنا ان المصادر الرسمية الأصلية للقانون المصرى هى التشريع بوصفه مصدرا عاما يشمل اختصاصه فى الأصل كل المسائل عموما ، والدين بوصفه مصدرا خاصا ينحصر اختصاصه فى نطاق محدود . ففيمّا عدا هذا النطاق المحدود الذى تكون الولاية فيه للدين استثناء على ما سبق من تفصيل ، تثبت الولاية للتشريع أصلا .

غير أن التشريع لا يمكن أن يتوافر له من كمال الاحاطة ما يواجه كل ما قد يوجد أو يستجد فى الحياة العملية من روابط وعلاقات وأوضاع . فالنقص فيه فطرى ينبغى التماس سده عند غيره من المصادر الرسمية . ولذلك توجد المصادر الاحتياطية لكى تواجه الفراغ الذى قد يخلفه هذا المصدر الأصلى العام وهو التشريع .

والمصادر الاحتياطية فى القانون المصرى مصدران : فنجد من وراء التشريع العرف ، ومن وراء العرف مبادئ الشريعة الاسلامية .



## أولا — العرف \*

### LA COUTUME

#### ١٥٨ — تمهيد

العرف هو اطراد التقليد على اتباع سنة معينة في العمل مع الاعتقاد في الزام هذه السنة كقاعدة قانونية ، أو هو تواتر العمل بقاعدة معينة تواترا تملية العقيدة في ضرورة اتباع هذه القاعدة . وقد يقصد باصطلاح « العرف » فضلا عن ذلك الدلالة على القاعدة أو السنة التي تحمل العقيدة في الزامها على اطراد اتباعها في العمل .

وقد سبق أن أشرنا الى أن العرف كان من ناحية الوجود التاريخي أقدم المصادر الرسمية للقاعدة القانونية . ومرد ذلك الى أنه يتكون آليا مما تملية ضرورات العمل بمعزل عن تدخل السلطة الحاكمة في الجماعة . فهو مصدر رسمي فطري وضروري يعطى للقاعدة القانونية قوة ملزمة في العمل ، خاصة حيث الحياة بدائية ، والمحافظة على التقاليد شديدة

#### \* المراجع

Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, t. I Nos. 109-139, pp. 317-446 — Lebrun, La coutume, ses sources, son autorité en droit privé, thèse, Caen, 1932. — Koschimbahr-Lyskowski, Le code civil et la coutume, Révision de la notion de coutume, Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capiatnt, pp. 403-415. — Spach, Recherches sur la problématique du droit coutumier, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény, t. II, pp. 277 - 301 — Waline, L'individualisme et le droit, 1949, pp. 249-308.

Allen, Law in the making, pp. 62-150 — Gray, The nature and sources of the law, pp. 282-301.

أحمد حشمت أبو ستيت ، أبحاث في أصول القوانين ، العرف كمصدر من مصادر القانون ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الخامسة ، ص ٦٣٣ - ٦٤٦ .



والسلطة في الجماعة ضعيفة أو غير متركزة في يد هيئة معلومة يجتمع لها من القدرة ما تملك معه حق الأمر بالقواعد القانونية والجبر على طاعتها .

فاذا تقدمت المدنية وتعقدت الحاجات في الجماعة ، وضعف سلطان التقاليد ، وكبر سلطان الدولة وعظم تدخلها في مختلف شئون النشاط في الجماعة ، لم يكن بد للعرف من النزول للتشريع عن مكانه كمصدر أصيل للالزام بالقواعد القانونية ، وان بقى — الى جنب التشريع — مصدرا تكميليا يلزم بالقواعد القانونية حين يتبدى نقص نصوص التشريع .

ذلك هو دور العرف اليوم في أغلب الدول الحديثة . وليس ينفي ذلك أن العرف ما زال في بعض الدول كالجلترا ، محتفظا بمكانه كمصدر أصيل للقانون ؛ وان يكن يختلط فيها بأحكام القضاء حيث السوابق القضائية ملزمة ، مما يطويه تحت راية القضاء ويجعل الالزام به على أساس اطراد أحكام المحاكم على الحكم بقواعده ، أى يجعل القضاء هو المصدر الرسمى للقانون . وان يكن القضاء هناك — نظرا لما للسوابق القضائية من الزام — يكاد يرد بدوره الى نوع من العرف هو العرف القضائي .

وينبغى — لبسط القول في العرف — الوقوف على أركانه ، والكشف عن أساس قوته الملزمة ، والاحاطة بمكانه بين المصادر الرسمية للقانون وخاصة القانون المصرى ، وبنصيبه المتفاوت في فروع القانون المختلفة .

### § ١ - أركان العرف

قلنا ان العرف هو اطراد التقليد على اتباع سنة معينة في العمل مع الاعتقاد في الزام هذه السنة كقاعدة قانونية يجب التزامها واحترامها .

ومن هذا التعريف يتضح أن العرف يقوم على ركنين أساسيين :

(١) ركن مادي ، يتلخص في اطراد العمل بسنة أو قاعدة معينة .



(٢) ركن معنوى ، يتلخص فى توافر الاعتقاد فى الزام هذه السنة وضرورة اتباعها «١» .

### ١٥٩ - الركن المادى - اطراد العمل بسنة معينة

يقصد بهذا الركن المادى الدلالة على أن العرف انما يتكون أولا من العمل «٢» بسنة معينة ، واطراد العمل بهذه السنة وتواتره . وهذه السنة تنشأ فى الجماعة بمعزل عن توجيه السلطة الحاكمة فيها أو أمرها ، وتولدها الحاجة اليها فى العمل ، فتنشأ نشوءا ذاتيا أو شبه ذاتى ، لا يفتعله أو يفرضه أحد ، كما تفرض التشريع سلطة عامة مختصة مثلا «٣» . فاتباع الأفراد سنة معينة باطراد ، انما يكون محض اتباع ذاتى يندفعون اليه اما بدافع الاحساس بضرورة هذه السنة ، واما بدافع الاستحسان لها ، واما بدافع التقليد لغيرهم فى اتباعها .

فالعرف اذن انما يوجد ويولد فى الجماعة مباشرة ، ويتكون أول الأمر من حل معين يطبق فى نزاع معين ، ثم يتبع هذا الحل كلما عرض نفس النزاع ، حتى تستخلص من ذلك سنة متبعة باطراد فى هذا الصدد . فينبغى اذن أن يتكرر العمل بهذه السنة تكرارا يتضمن معنى الثبات

(١) Gény, op. cit., t. I, No. 110, p. 320.

(٢) تخرج القواعد العرفية وتستخلص تدريجيا وببطء من الوقائع أو الأعمال (Les faits) لا من الإرادة المنصرفة عن بيئة إلى انشاء قاعدة قانونية . ولا يعنى ذلك أن الأعمال التى تستخلص منها القواعد العرفية يلزم أن تكون أعمالا غير اختيارية ، بل هى فى الغالب أعمال اختيارية ولكنها لا تقوم ابتداء على الوعى أو القصد لانشاء قاعدة قانونية .

( انظر : Lebrun, thèse précitée, No. 209 )

(٣) ولكن لا يمكن اعتبار نشوء قواعد قانونية بمعزل عن تدخل المشرع معيارا دقيقا لتمييز العرف عن التشريع ، ذلك أنه تنشأ قواعد قانونية بمعزل عن إرادة المشرع دون أن ترد إلى العرف ، فقد ترد إلى مصدر آخر كالقضاء أو الفقه حيث يمكن اعتبار كل منهما مصدرا للقواعد القانونية ( انظر فى هذا المعنى : Gény, op. cit., No. 110, p. 319 )



والاستقرار على اتباع مضمونها . وينبغي أن تكون هذه السنة عامة يسود اتباعها بين الأفراد ، لا بمعنى أن تكون شاملة تعنى الجماعة كلها ، ولكن بمعنى أن تكون عامة في المكان الذي تتبع فيه باطراد ، وأن تكون عامة بالنسبة للأشخاص الذين تتوجه اليهم ، أي أن تتوجه اليهم بصفاتهم لا بذواتهم . فلا يطعن في عموم السنة اذن كونها محلية ، أي قاصرة على جزء معين من اقليم الجماعة ، ولا كونها مهنية أو طائفية أي قاصرة على مهنة أو طائفة معينة ، كما هي الحال في العرف التجارى والعرف الزراعى .

وينبغي فضلا عن ذلك أن تكون هذه السنة قد صارت قديمة «<sup>١</sup>» . بمعنى أن يكون قد مضى على اطراد العمل بها زمن كاف يؤكد تكرارها وعمومها على السواء . وتحديد هذا الزمن أمر تقديرى بحث يتوقف على ظروف عدة ، ولذلك فهو يختلف باختلاف القواعد العرفية وبتفاوت موضوعها .

ويرى بعض الفقهاء «<sup>٢</sup>» أن العرف ينبغي أن يكون موافقا للنظام العام والآداب في الجماعة . وعندنا أن مثل هذا الشرط لا يصدق الا في حق العرف المحلى والعرف المهني أو الطائفي «<sup>٣</sup>» ، حيث قد يتصادم مثل هذا

---

(١) ومع ذلك أنظر فيما يراه بعض الفقهاء من عدم اشتراط القدم لنشوء العرف الدستوري خاصة :  
عبد الحميد متولى ، الفصل في القانون الدستوري ، الجزء الاول ، ١٩٥٢  
ص ١٦٥ - ١٦٩ .

(٢) عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ،  
فقرة ٧٣ . - سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١٥٢ . - عبد الفتاح  
عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ١١٧ . - محمد على امام ، المرجع  
السابق ، فقرة ١١٥ .

(٣) وقد عرض على محكمة النقض أمر التثبيت من موافقة العرف الكنسى الخاص بنظام الرهبنة - وهو عرف طائفي - للنظام العام ، فقضت بأن «<sup>١</sup>» الرهبنة نظام متبع لدى بعض الطوائف المسيحية في مصر ، وقد اعترفت به الحكومة المصرية . . وأن من قواعد الرهبنة . . أن الاموال التي تؤول =



العرف مع ما استقر في الجماعة من قواعد متعلقة بالنظام العام والآداب .  
 أما العرف الشامل ، فلا يتأتى القول باشتراط موافقته النظام العام والآداب  
 في الجماعة «١» ، لأنه هو نفسه — باعتباره متكونا في الجماعة كلها —  
 يسهم الى حد كبير في تحديد مضمون النظام العام والآداب فيها «٢» .  
 وأيا ما كان الأمر ، فالعرف بما يتطلب من قدم وتكرار ينتهي الى أن  
 يكون مصدرا بطيئا من مصادر الانتاج القانوني ، وهو بذلك لا يملك  
 الاستجابة السريعة لحاجات الجماعات الحديثة المتجددة المتغيرة ؛ ومن هنا  
 يبدو تفوق التشريع عليه من هذه الناحية .

والعرف — باعتباره سنة متبعة في العمل باطراد — لا يعدو أن يكون  
 مجرد معنى يستخلص مما هو واقع في العمل من التواتر على سير أو  
 سلوك معين ، ولهذا كثيرا ما يعوزه الوضوح والتحديد ، وان يكن ذلك  
 يزيد في مرونته . وهو يفترق ، في هذه الناحية ، عن التشريع الذي تقوم  
 سلطة عامة مختصة بسنه وافراغ معناه في لفظ يحدده فيعطيه الوضوح  
 والثبات ، ونص قد يقيد فيجسد به عن مسيطرة التطور .

---

— للراهبان من طريق وظائفهم أو بسببها تصبح ملكا للبيعة ، اذ الراهب يدخل  
 الدير فقيرا مجردا عن كل مال كي يشقف ويربى تربية دينية على حساب الدير  
 راضيا بالنظام الكنسي القاضي بأن كل ما يصيبه من رزق لا يملك فيه شيئا ،  
 بل يكون مكا للكنيسة . وهذا التراضي الذي جرى العرف الكنسي باتباعه  
 ليس فيه ما يخالف مبادئ النظام العام أو احكام القانون في شيء ما . (نقض  
 ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ ، مجموعة عمر ، ج ٣ ، رقم ١٥٥ ، ص ٤٣١ وما بعدها ) .  
 وانظر لاحقا ، هامش (٣) ص ٧١٤ و ٧١٥ .

(١) الا أن تكون القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب مقررة بنصوص  
 تشريعية أمرة ، وحينئذ لا تجوز مخالفتها بعرف شامل ، لأن العرف أدنى  
 من التشريع في المرتبة كما سنرى .

(٢) هذا ما ذكرناه من قبل في كتابنا « محاضرات في المدخل للقانون » ،  
 ١٩٥٤ ، ص ٢١٠ . وقد أخذ به أخيرا بعض الفقهاء ، فحددوا بذلك ما كانوا  
 يطلقونه من شرط عدم مخالفة النظام العام والآداب « انظر سليمان مرقس ،  
 المرجع السابق ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٧ ، ص ٢٦٧ ، هامش (٣) » .



### ١٦٠ - الركن المعنوى - العقيدة فى الزام السنة المتبعة

لا يكفى - لتكوين القاعدة العرفية - وجودها المادى كسنة يطرد اتباعها فى العمل . بل ينبغى لها فضلا عن ذلك وجود معنوى أو نفسى ينحصر فى قيام عقيدة - فى نفس من يتبعون هذه السنة باطراد - بالزام هذه السنة ووجوب احترامها كما تحترم القواعد القانونية «<sup>١</sup>» . وبغير هذا الوجود المعنوى أو النفسى لا يوجد العرف ، وانما يظل مجرد سنة غير ملزمة ، يملك الأفراد - حتى ولو كانوا يجرون على اتباعها فى العمل باطراد - حق مخالفتها كما يشاءون .

وتوافر هذا الركن هو الذى يسمح بالقول بنشوء عرف ، وبتميز العرف بالتالى عما قد يختلط به من أوضاع متشابهة كالعادة الاتفاقية خاصة .

### ١٦١ - العرف والعادة الاتفاقية

العرف اذن يتميز أساسا بما يلحقه من صفة ملزمة ناتجة من الاعتقاد فى الزامه نفس الزام القواعد القانونية ، أى من الاعتقاد فى وجود جزاء أو اجبار عام أو جماعى يكفل احترامه . وعلى هذا النحو يتميز العرف (La coutume) عن مجرد العادة (L'usage) : اذ يجتمع للعرف الوجود المادى والمعنوى على السواء أى اطراد السنة والعقيدة فى الزامها معا ، ولا يجتمع للعادة الا الوجود المادى وحده دون الوجود المعنوى ، فتكون مجرد سنة تنقصها عقيدة الالزام وان كانت مطردة فى العمل ، أى تكون مجرد سنة مطردة يتبعها الأفراد فى العمل اتباعا لا يقوم على عقيدة الزامية فى ضرورة مراعاتها أو احترامها ، وانما هو محض اتباع اختيارى من جانبهم .

(١)

Gény, op. cit., No. 110, p. 320, No. 119, pp. 361-364. — Lebrun, thèse précitée, Nos. 220-224.

وقيام عقيدة الالزام عند الأفراد ، لا يعنى ان الأفراد يظهرون بذلك ارادتهم فى انشاء قاعدة قانونية ، فالعرف ليس تصرفا اراديا ، ( انظر : Lebrun, thèse précitée, No. 223 )



من هنا فلا تسرى العادة في حق الأفراد سريان العرف في حقهم . فالعرف، وهو قاعدة قانونية ، يلزم الأفراد بذاته دون توقف على ارادتهم . أما العادة — وهي مجرد واقعة مادية ، أى مجرد سنة تتبع عادة في العمل دون أن تسندها عقيدة في الزامها — فلا تكون لها قدرة على الزام أى فرد كان ، الا أن يريد الفرد الالتزام بها ، وتظهر ارادته هذه صراحة أو ضمنا . وحينئذ لا يكون الزام العادة الزاما ناشئا عن وجودها كقاعدة قانونية لها قوة ذاتية ملزمة ، وانما هو الزام ناشئ من التزام بعض الأفراد بها وقبولهم اتباعها بمحض ارادتهم واتفاقهم . أى أن العادة لا يمكن الزامها في قوتها الذاتية ككل قاعدة قانونية ، وانما يستمد هذا الالتزام من ارادة المتعاقدين واتفاقهم . لذلك جرى الاصطلاح على تسمية العادة باسم « العادة الاتفاقية » ( L'usage conventionnel ) .

ومن أمثلة العادة ما اطرده عليه العمل في الاسكندرية من أن المستأجر هو الذى يتكفل بثلث استهلاك المياه ، وما اطرده عليه العمل عكس ذلك في القاهرة من أن المؤجر هو الذى يتكفل بهذا الثلث (١) . وكذلك ماتجرى به العادة في بيع بعض أنواع الفاكهة بسعر المائة حبة ، من احتساب المائة مائة وعشرة أو مائة وعشرين بحسب المناطق والجهات . وكذلك ماتجرى

---

(١) يذهب البعض الى اعتبار ان هذا المثل لم يعد من قبيل العادات الاتفاقية منذ تضمن التقنين المدنى الجديد نصا يقضى بأن يتحمل المؤجر ثلث المياه اذا قدر جزافا، فاذا كان تقديره بالعدد تحمله المستأجر (م ٥٦٧/٢) (عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ١٥٩، هامش (١) . ولكن الواقع ان هذا النص نص مفسر أو مكمل ينطبق اذا لم يوجد اتفاق على خلافه (م ٥٦٧/٣) . وليس ما يمنع من أن يتحقق مثل هذا الاتفاق نتيجة انصراف ارادة المتعاقدين — ولو انصرافا ضمنيًا مستخلصا من الظروف — الى الأخذ بعادة قائمة في بعض المناطق من تحميل المؤجر ثلث المياه حتى ولو كان تقديره بالعدد ، أو من تحميل المستأجر هذا الثلث حتى ولو كان تقديره جزافا ؛ وحينئذ يعمل بالعادة دون النص المفسر والمكمل .

وانظر في قدرة العادات الاتفاقية — نتيجة انصراف الارادة الى الأخذ بها — على مخالفة القواعد القانونية المفسرة أو المكملة بما يمنع من انطباقها :  
Gény, op. cit., t. I, No. 132, p. 426.



به العادة من توزيع الأرباح بين الشركاء بنسبة الثلثين للشريك الذي قدم رأس المال ، ونسبة الثلث للشريك الذي قدم العمل . وكذلك ما تجرى به العادة في بعض الفنادق أو المطاعم من قيام العملاء بدفع وهبة «<sup>١</sup>» بنسبة ١٠ ٪ أو ١٥ ٪ من قيمة الحساب الى القائمين بالخدمة فيها . وكذلك ما كانت تجرى به العادة من أن العربون يفقد على من دفعه اذا عدل عن ابرام العقد ، ومن الزام من قبضه برد ضعفه ان كان العدول من جانبه ، وقد أصبحت هذه العادة قاعدة تشريعية مفسرة أو مكملة ، اذ نصت عليها المادة ١٠٣/٢ التقنين المدني الجديد .

فينبغي للأخذ بحكم العادة اذن انصراف ارادة المتعاقدين الى التقيد والالتزام بها انصرافا صريحا ، أو — كما هو الغالب — انصرافا ضمنيا يستخلص من مختلف ظروف التعاقد كمكان العقد وزمانه والغرض من التعاقد ومركز المتعاقدين ومعاملاتهما السابقة «<sup>٢</sup>» . فاذا لم تنصرف ارادة المتعاقدين — لا صراحة ولا ضمنا — الى الالتزام بالعادة ، فلا الزام لها عليهما . وعلى هذا النحو تفرق العادة الاتفاقية عن القاعدة القانونية المفسرة أو المكملة «<sup>٣</sup>» ، فتكون العادة ملزمة باتجاه ارادة المتعاقدين الى اتباعها والالتزام بحكمها ، وتكون القاعدة القانونية المفسرة أو المكملة ملزمة — على العكس من ذلك — بانصراف ارادة المتعاقدين عن مخالفتها «<sup>٤</sup>» .

واذا كانت القواعد العرفية — ككل القواعد القانونية — اما قواعد

---

(١) يطلق المشرع اصطلاح « الوهبة » ( م ٦٨٤ مدنى ) على ما يعرف في اللغة التجارية باسم « البقشيش » .

(٢) Gény, op. cit., No. 131, p. 424

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو سنيث ، المرجع السابق فقرة ٧٨ . - عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ١٢٥ ، ص ١٦١ .  
(٣) أنظر عكس ذلك :

Marty et Raynaud, op. cit., No. 114, p. 191.

(٤) في هذا المعنى :

Gény, op. cit., No. 131, p. 423.



آمرة «١» واما قواعد مفسرة أو مكملة، فقد تدق التفرقة بين العادة الاتفاقية وبين القاعدة العرفية المفسرة أو المكملة . ولكن فضلا عما يفرق بينهما من توافر عقيدة الالتزام في الثانية دون الأولى ، فإن التمييز بينهما يظل قائما على الأساس الذي أقمنا عليه التفرقة بين العادة وبين القاعدة القانونية المفسرة أو المكملة بوجه عام ؛ فبينما لا تلزم العادة الاتفاقية الا بانصراف ارادة المتعاقدين الى الأخذ بها ، اذ بالعرف المفسر أو المكمل - على النقيض من ذلك - يلزم اذا لم يتفق المتعاقدان على خلافه .

وينبغي أن يراعى أن المشرع كثيرا ما يحيل على العادات الاتفاقية وان كان يترخص في تسميتها غالبا باسم العرف . وحينئذ تستمد العادة الاتفاقية الزامها من نص المشرع لا من انصراف ارادة المتعاقدين الى الأخذ بها «٢» .

**نتائج التفرقة بين العرف وبين العادة الاتفاقية :** اذا كانت التفرقة واجبة بين العرف وبين العادة الاتفاقية على النحو السابق ، من كون العرف ينشئ قاعدة قانونية بينما العادة تعتبر مجرد واقعة مادية يأتيها الالتزام من ارادة المتعاقدين وقصدهما الالتزام بها ؛ فانه تنبنى على هذه التفرقة لتائج بعيدة المدى نذكر أهمها فيما يلي :

(١) يفترض العرف - ككل قاعدة قانونية - العلم به ، فلا يقبل

(١) من امثلة القواعد العرفية الآمرة ما كان موجودا في مصر من قبل من قواعد عرفية مثبتة للأجانب التمتع ببعض الحقوق والامتيازات ، وما يوجد من عرف في بعض البلاد بتسمية الزوجة بلقب زوجها .

(٢) في هذا المعنى :

سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١٤٦ . - عبد الفتاح عبد الباقي المرجع السابق ، فقرة ١٢٨ . - محمد علي امام ، المرجع السابق فقرة ١٢٠ .

وانظر عكس ذلك :

محمد الرزاق السنهوري وحشمت أبو سنيثا، المرجع السابق فقرة ٧٨ .



— كمبدأ عام — الاعتذار بجهل أحكامه . أما العادة الاتفاقية — وهي مجرد واقعة مادية لا تستمد قوتها الملزمة الا من ارادة المتعاقدين — فتفترض ، لامكان تطبيقها ، أن يكون المتعاقدان على علم بها وبينه منها ، فهي لا تطبق اذا جهل المتعاقدان أو أحدهما وجودها ، اذ في هذه الحال لا يمكن أن تكون ارادتهما قد انصرفت الى التقيد بأحكامها «<sup>١</sup>» .

(٢) يكون القاضى — باعتباره مكلفا بتطبيق القانون — ملزما من تلقاء نفسه بتطبيق العرف بوصفه قاعدة قانونية فى الدعاوى المرفوعة أمامه ، حتى ولو لم يطلب الخصوم ذلك أو يتمسكوا به ، ولذلك لا يكون الخصوم ملزمين فى الأصل — كما سنرى — باثبات العرف . بينما ينبغى التمسك بالعادة الاتفاقية من قبل الخصوم لامكان تطبيق القاضى لها فى حقهم ، اذ هى فى مقام الشرط الصريح أو الضمنى فى العقد . ويقع حينئذ على من يتمسك بالعادة الاتفاقية من الخصوم واجب اثباتها «<sup>٢</sup>» ، فيثبت وجودها المادى كسنة مطردة فى العمل ، ثم يثبت انصراف ارادة المتعاقدين الى التقيد بأحكامها «<sup>٣</sup>» .

(٣) لما كانت العادة الاتفاقية لا تلزم الا باتجاه ارادة المتعاقدين الى التقيد بأحكامها ، فينبغى أن يكون قاضى الموضوع — على خلاف الحال فى العرف كما سنرى — منطلق السلطان فيما يقضى به من وجود العادة

---

(١) Gény, op. cit., No. 133, p. 425

(٢) Gény, ibid.

(٣) فى هذا المعنى :

سليمان مرقس ، المرجع السابق فقرة ١٥٣ . — عبد الفتاح عبدالباقى ،  
المرجع السابق ، فقرة ١٢٥ ، ص ١٦٢ .

وقارن مع ذلك :

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ، ج ٢ ، الاثبات —  
آثار الالتزام ، ١٩٥٦ ، فقرة ٣٨ .



أو تطبيقها «١» ، لا معقب لمحكمة النقض عليه في ذلك «٢» .

ومهما يكن من أمر التفرقة بين العرف وبين العادة الاتفاقية ، فالثابت أن العادة تنتهى في كثير من الأحيان الى أن تصير عرفا ، حينما تحل ارادة جماعية مشتركة محل الارادات الفردية في اعتقاد ضرورة التقيد بها ، أى حينما ينفصل الالتزام الذى يصاحب العادة عن ارادة المتعاقدين ليصبح الزاما عاما يقوم على عقيدة عامة في وجوب احترام السنة التى تجرى بها العادة ووجوب كفالة هذا الاحترام بقوة الجماعة أو الدولة ؛ فتصبح العادة بذلك قاعدة قانونية عرفية ملزمة بذاتها «٣» .

#### ١٦٢ - اثبات العرف

قلنا ان العادة الاتفاقية يقوم باثباتها من يتمسك بها من الخصوم . أما العرف ، فعلى العكس من ذلك ، لا يقع اثباته على الخصم الذى يطلب تطبيقه ، لأنه قاعدة قانونية ، والمفروض فى القاضى العلم بالقواعد القانونية فلا يملك تكليف أحد باعلامه بها أو اثباتها له .

ورغم ذلك ، فلكن كان العرف كالتشريع يعتبر قاعدة قانونية ، الا أنه ينبغى التسليم بأن معرفة التشريع أيسر على القاضى من معرفة العرف، اذ التشريع نصوص مدونة فى وثائق معلومة ومنشورة ؛ بينما العرف لا يعدو أن يكون مجرد معنى يستخلص مما يجرى عليه العمل فى الجماعة كسنة ملزمة ، مما يتعذر التفسير على القاضى بالزامه الاحاطة بها احاطة

---

(١) ويذهب الأستاذ « جينى » الى أن لمحكمة النقض الرقابة على قاضى الموضوع اذا رفض تطبيق العادة رغم استظهاره قصد المتعاقدين الى التقيد بها

( Gény, op. cit., No. 132, p. 428 )

(٢) فى هذا المعنى :

حامد فهمى ومحمد حامد فهمى ، النقض فى المواد المدنية والتجارية .

١٩٣٧ ، فقرة ١٧ ص ٨٥ و ٨٦ .

(٣) Gény, op. cit., No. 133, pp. 430, 431



شاملة كاملة ، خاصة وهو غالبا عرف محلي أو طائفي يختلف باختلاف الجهات واختلاف الطوائف . من أجل ذلك يكون للقاضي أن يتوصل بكل الطرق الموصلة الى الوقوف على العرف : فله أن يكلف الخصم الذى يدعى وجود قاعدة عرفية ويطلب بتطبيقها فى موضوع النزاع ، القيام باثبات وجودها وتحديد مضمونها ؛ بل الغالب فى العمل أن يبادىء هذا الخصم فيقوم باثبات وجود القاعدة العرفية التى يدعيها ، دون انتظار لتكليف القاضي له بهذا الاثبات «١» .

وللقاضي كذلك — اذا كان العرف خاصا بمهنة معينة — أن يستدل على وجود العرف بالرجوع الى أهل الاختصاص فى هذه المهنة . فهو فى العرف التجارى مثلا ، يستتير بما تعطيه العرف التجارية من شهادات مكتوبة فى هذا الشأن «٢» . ولا يعنى ذلك أن مثل هذه الشهادات لها حجية مطلقة فى اثبات العرف مما يلزم القاضي بالحكم وفقها ، اذ يبقى للخصم الآخر حق الطعن فيها واقامة الدليل على عكسها ، والقاضي من فوق ذلك يفصل فى الأمر بما له من سلطة تقديرية .

### ١٦٣ — رقابة محكمة النقض على وجود العرف وتطبيقه

قلنا ان القاضي مطلق السلطان لا معقب عليه فى قضائه حيث يحكم بوجود العادة الاتفاقية أو بتطبيقها ، لأن العادة الاتفاقية — وهى مجرد واقعة مادية — تعتبر مسألة موضوعية ، لقاضى الموضوع الرأى الأعلى والنهائى فيها ، فلا رقابة لمحكمة النقض عليه فى تقديره . أما العرف ، فينبغى ، كمبدأ عام ، أن يخضع حكم قاضى الموضوع — بشأن وجوده

(١) فى هذا المعنى :

Gény, op. cit., No. 118

(٢) فى هذا المعنى :

مصطفى كمال طه ، القانون التجارى ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٦ ، فقرة ٢٣ .



وبشأن تطبيقه على السواء — لرقابة محكمة النقض ، لأنه ليس الا قاعدة قانونية ، فيكون لمحكمة النقض — وهى الرقابة على صحة تطبيق القانون — حق التثبت من وجود أو عدم وجود العرف حين يكون وجوده محل منازعة ، وحق التثبت كذلك من صحة تطبيق قاضى الموضوع اياه حين يكون وجوده بمنأى عن الخلاف .

واذا كان هذا المبدأ يبدو سليما نظرا لما قدمناه من اعتبار العرف مصدرا رسميا للقواعد القانونية ، الا أن ذلك لم يمنع الفقه والقضاء من المنازعة فيه . فقضت محكمة النقض الفرنسية بعكسه منذ قديم ، وشايعها فى قضائها جمهور الفقهاء الفرنسيين فى القرن الماضى ، بحيث غدا مستقرا حينئذ أنه ، فيما عدا الحالات التى تحيل فيها نصوص التشريع صراحة على العرف ، ليس ثم رقابة لمحكمة النقض على قضاة الموضوع فيما يقضون به من وجود العرف أو من تطبيقه «١» .

ولكن تطرف هذا رأى وعدم استقامته مع منطق اعتبار العرف مصدرا رسميا للقانون ، لم يلبث أن حدا بكثير من الفقهاء الى الحد من اطلاقه ، فذهبوا الى اعطاء محكمة النقض سلطة الرقابة على تطبيق العرف ، دون سلطة الرقابة على وجوده التى تظل متروكة لقضاة الموضوع دون معقب «٢» .

واذا كان هذا رأى يستجيب استجابة صحيحة لمنطق اعتبار العرف مصدرا رسميا للقانون فيما يوجب من اخضاع تطبيق العرف لرقابة محكمة النقض ، الا أنه لا يستجيب لهذا المنطق استجابة كاملة حيث

---

(١) Gény, op. cit., t. II, No. 179, pp. 200, 201

(٢) راجع فى الاشارة الى هذا الرأى فى القانون الفرنسى :

Gény, op. cit., t. II, No. 179, p. 201.

وانظر فى الاخذ به فى القانون المصرى :

حامد فهمى ومحمد حامد فهمى ، المرجع السابق ، فقرة ١٧ ص ٨٦

و ٨٧ . — عبد المنعم فرج الصدة ، الاثبات فى المواد المدنية ، فقرة ٢٤ .



لا يزال يترك لقضاة الموضوع السلطة النهائية في التثبت من وجود العرف، ولا تنهض الحجج المقدمة في هذا الشأن لتبرير النظر الى وجود العرف نظرة مختلفة عن تطبيقه ؛ فالتسليم باعطاء محكمة النقض حق الرقابة على صحة تطبيق العرف ، يقتضى منطقاً وبداهة وجوب تحققها أولاً من وجود هذا العرف الذي تتعرض لرقابة صحة تطبيقه .

وليس بمقنع ، في تبرير حرمان محكمة النقض من بسط رقابتها على وجود العرف كما هي مبسطة على تطبيقه ، أن يقال ان التثبت من هذا الوجود مسألة موضوعية لا مسألة قانونية ، على أساس أن العرف يخرج من الوقائع والأفعال في الحياة الاجتماعية ، بحيث يكون التثبت من وجوده مرتين بثبوت هذه الوقائع والأفعال ، وهو ما يجب أن يستأثر به نهائياً قاضيها الأصيل أى قاضى الموضوع .

فمثل هذا القول ، انما يغفل طبيعة العرف من ناحية ، وحقيقة الوقائع التى تخرج عن سلطان رقابة محكمة النقض من ناحية ثانية .

فالقواعد العرفية كما قدمنا قواعد قانونية ، كالقواعد التشريعية سواء بسواء . واذا كان لاختلاف هناك على سلطة محكمة النقض في التثبت من وجود قواعد التشريع التى يقضى بها قضاة الموضوع ، فيجب أن يكون الحال كذلك في شأن القواعد العرفية التى تشترك معها في كونها قواعد قانونية، دون أن يغير من ذلك ما قد يتطلبه التثبت من وجود القواعد العرفية من فحص دقيق للوقائع لا يتطلب مثله التثبت من وجود القواعد التشريعية .

ومن المغالطة أن يقال ان محكمة النقض تنزلق بذلك الى ميدان الوقائع وهو غير ميدانها . فانه اذا كان من الطيىم أن يمتنع على محكمة النقض - وهى ليست محكمة وقائع - بسط رقابتها على وقائع الدعوى أى على الوقائع التى تكون محلاً لأعمال القواعد القانونية ، فليس يمتنع عليها - بل يكون من واجبها - التثبت من الوقائع المكونة للقواعد القانونية التى يناط بها السهر على صحة



تطبيقها «<sup>١</sup>» . فمستوليتها عن رقابة تطبيق القانون ، تقتضيها حتما التثبت من وجوده باعتبار ذلك مسألة أولية لازمة ، حتى ولو كان من شأن هذا التثبت التعرض للوقائع المولدة للقانون ، ويستوى في ذلك أن يكون العرف أو التشريع هو مصدره .

ولا يبرر العدول عما يقضى به المنطق القانوني السليم من ضرورة اخضاع وجود العرف — كتطبيقه — لرقابة محكمة النقض ، ما يقال من أن « العرف أكثره محلي لا اقليمي ، والمصلحة التي تعود على أهل العرف من عرض التثبت من قيامه وعدم قيامه على محكمة النقض هي مصلحة قليلة الأهمية » . ولو فتح لهم الباب فيه ، لكثرت طعونهم وأضاعوا على المحكمة وقتا كثيرا لعلها شديدة الحاجة اليه « ؛ فتلك مجرد اعتبارات عملية ، لا يجب — أيا كانت قيمتها — أن تتقدم أو تغطي على ما قدمنا من اعتبارات قانونية .

وبذلك نستطيع أن نؤكد ما أسلفناه من حق محكمة النقض في بسط رقابتها على الأحكام القضائية فيما تقضى به من وجود العرف ومن تطبيقه على السواء «<sup>٢</sup>» .

## § ٢ — أساس قوة العرف الملزمة

### ١٦٤ — اختلاف النظر الى اساس الزام العرف

إذا اجتمع للعرف ركناه : ركنه المادى من تواتر السير على سنة

(١) في هذا المعنى :

Gény, op. cit., t. II, Nos. 179, pp. 202-203. — Lebrun, thèse précitée, No. 470, pp. 501, 502 .

(٢) حامد فهمى ومحمد حامد فهمى ، المرجع السابق ، فقرة ١٧ .

(٣) انظر في الأخذ بهذا الراى فى القانون المصرى خاصة :

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، الجزء الثانى ، ص ٥٣ (الهامش) . — عبد الباسط جيمع ، نظام الاثبات فى القانون المصرى ، ص ٨١ و ٨٢ . — محسن شفيق ، القانون التجارى المصرى ، الجزء الاول ، ١٩٤٩ ، فقرة ٣٠ . — مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٣ .



معينة في الجماعة ، وركنه المعنوي من الاعتقاد في الزام هذه السنة ، خرجت منه قاعدة قانونية ملزمة هي القاعدة العرفية . بقى أن تتساءل عن أساس قوة العرف الملزمة ، أى عن الأساس الذى يجعل من العرف شكلا ملزما أو مصدرا رسميا للقواعد القانونية . وفى هذا الصدد نجد نظريات مختلفة ، يرد بعضها قوة الزام العرف الى ارادة الدولة ، ويردها بعض آخر الى « الضمير الجماعى » ، ويردها بعض ثالث الى أحكام القضاء . فنستعرض فيما يلى هذه النظريات لنقف من بعد على ما للعرف من قوة الزام ذاتية .

#### ١٥٦ - تأسيس الزام العرف على ارادة المشرع الضمنية

أول ما نصادف في هذا الشأن نظرية قديمة «<sup>١</sup>» ، تكاد تكون مهجورة اليوم في الفقه ، تذهب الى أن مبعث الزام العرف هو قيام الدولة على كفالة احترامه بقوتها المادية ، بمعنى أن العرف يجد أساس قوته الملزمة في رضا المشرع عنه وفى قيامه على تطبيقه ، فيعتبر بذلك مجرد ارادة ضمنية له كما يعتبر التشريع ارادته الصريحة .

وواضح أن مثل هذه النظرية انما تقوم على أساس المذهب الشكلى فى تصوير القانون . فقد كان من شأن هذا المذهب — كما رأينا «<sup>٢</sup>» — اعتبار القانون وليد ارادة الدولة ومشيتها ، بحيث لا يتصور وجود القانون دون استناد الى هذه الارادة أو المشيئة . ومن هنا ، لم يجد الفقهاء الشكليون مفرا — أمام ما يوجد من قواعد قانونية ملزمة يجرى بها العرف فى الجماعة — من محاولة اسناد هذه القواعد الى ارادة الدولة أو ارادة المشرع ، حتى يستقيم منطقهم من انكار صفة القواعد القانونية على كل قاعدة

(١) انظر خاصة فى الإشارة الى هذه النظرية :

(Gény, op. cit., t. I, No. 114. — Lebrun, thèse précitée, Nos. 146-149.

(٢) انظر سابقا ، فقرة ٤٩ .



لا تخرج من هذه الإرادة . ولذلك كان طبيعيا ، حتى يعترفوا للقواعد العرفية بوصف القواعد القانونية ، أن يعتبروها إرادة ضمنية للمشرع ؛ إذ ، ما دام المشرع لا يعترض على العرف المتكون في الجماعة بل يقوم على تطبيقه والزام الأفراد باحترامه ، فمعنى ذلك أن إرادته تنصرف ضمنا الى اقرار هذا العرف . وبذلك يستمد العرف قوته الملزمة من إرادة المشرع الضمنية، كما يستمد التشريع قوته الملزمة من إرادة المشرع الصريحة «<sup>١</sup>» . وبهذا المنطق ، يستقيم للشكليين ما يرونه من اعتبار التشريع مصدر القانون الوحيد، إذ لا يعدو العرف أن يكون تشريعا، وإن كان ضمنيا لا صريحا .

ويكفى لرفض هذه النظرية «<sup>٢</sup>» ما قدمناه في تفنيد المذهب

---

(١) والنتيجة المنطقية لهذا النظر ، هي أن لا يكون للعرف الزام الا حيث يكون متفقا مع إرادة المشرع ، ولذلك يجب استبعاده وتغليب التشريع عليه حيث يخالف ما يتضمنه التشريع من إرادة المشرع الصريحة . واستنادا الى هذا النظر ، أمكن — منذ القرن السادس عشر — تغليب قواعد القانون الروماني باعتبارها قواعد التشريع الصريح على قواعد العرف المحلي .

( انظر : Gény, op. cit., t. I, No. 114, p. 336 )

(٢) ولا يفلح في استبقاء هذه النظرية أو احيائها ، ما يقال من أن الجماعة — وهي تختص اليوم هيئة عامة بسلطة التشريع فيها — قد تنازات بذلك عن حقها في الالزام بالقواعد القانونية وقصرته على هذه الهيئة ، بحيث لا يتأتى الاعتراف بالزام ما يجري به العرف فيها الا على أساس استناده الى الإرادة الضمنية لهذه السلطة التشريعية . ( انظر في الإشارة الى هذه الحجة والى اصحابها : Gény, op. cit., t. No. 114, p. 337, et note )

فهذا القول ظاهر البطلان . لأنه لا يعقل ان يترتب على اعطاء الجماعة سلطة التشريع الى هيئة معينة ، حرمان الجماعة نفسها من حق الالزام بما ينشأ فيها من قواعد عرفية ، إذ ليست هذه الهيئة الا وكيلا عن الجماعة تفرض القواعد القانونية باسمها ، ولا يسلب الموكل حقه وجود وكيل عنه بل يبقى للموكل دائما حقه يستعمله ان شاء الى جوار اداء الوكيل وکالته ، فيبقى للجماعة اذن حق الالزام بالقواعد القانونية عن طريق العرف ، الى جنب حق الهيئة العامة المختصة في الالزام بالقواعد القانونية عن طريق التشريع .



الشكلى «١» الذى تخرج منه • ويعزز هذا الرفض — بالاضافة الى فساد تصوير القانون الذى تقوم هذه النظرية على أساسه — أنها تخالف الثابت المسلم من أن العرف كان أسبق فى الوجود تاريخيا من التشريع ، مما يثبت أنه مصدر مستقل عنه متصور وجوده دون اقرار المشرع له أو رضاه عنه • وبذلك يظهر عجز هذه النظرية عن تبرير قوة العرف الملزمة فى الجماعات البدائية التى لم تكن قد عرفت المشرع بعد «٢» •

ومن هنا ، نستطيع القول بأن العرف لا تقوم قوته الملزمة على أساس أن المشرع أو الدولة ترضى عنه فتقره بذلك ضمنا ، وإنما — كما سنرى — على أساس أن له قوة ملزمة ذاتية تفرض نفسها على المشرع أو الدولة • فالعرف اذن لا يكون ملزما لأن الدولة تقره وتطبقه ، وإنما تقوم الدولة بتطبيقه لأنه ملزم بذاته من قبل •

#### ١٦٦ — تأسيس الزام العرف على « الضمير الجماعى »

سبق أن أشرنا «٣» الى المذهب التاريخى فى تصوير القانون وايمانه بأن القانون ينشأ ويتطور آليا نتيجة ما يتفاعل فى ضمير الجماعة من عوامل مختلفة ، مما حدا به الى تفضيل العرف على التشريع ، باعتبار العرف وسيلة التعبير المباشرة والتلقائية عن « الضمير الجماعى » الذى يخرج منه القانون ، بينما التشريع هو وسيلة هذا التعبير غير المباشرة • وبذلك انتهى المذهب التاريخى الى أن يسند قوة الزام العرف الى « الضمير الجماعى » «٤» ، وأن يحل هذا الضمير — فى تأسيس هذه القوة — محل « ارادة المشرع » التى كان يتمسك بها المذهب الشكلى «٥» •

---

(١) راجع سابقا فقرة ٥ .

(٢) Lebrun, thèse précitée, No. 160

(٣) راجع سابقا فقرة ٦٨ .

(٤) Génv, op. cit., No. 115, p. 341

(٥) Lebrun, thèse précitée, No. 165



وليس من شك فيما كان للمذهب التاريخي من فضل - من هذه الناحية - في إبراز أهمية العرف كمصدر للقانون «<sup>١</sup>» ، وكمصدر سابق في الوجود على التشريع وهو ما أغفلته النظرية السابقة . ولكن الحكم على نظريته الى أساس قوة العرف الملزمة يرتبط بنظرته الى تكوين القانون ؛ وقد أظهرنا من قبل ما في هذه النظرة من مغالاة وقصور «<sup>٢</sup>» . فضلا عن أن تأسيس الزام العرف على « الضمير الجماعي » لا يفيد أو يقدم كثيرا ، نظرا لما يحيط فكرة « الضمير الجماعي » من غموض وإبهام يجعل وجود هذا الضمير محلا للشك «<sup>٣</sup>» .

#### ١٦٧ - تأسيس الزام العرف على احكام القضاء

وتم نظرية أخرى تذهب الى أن أساس قوة العرف الملزمة هو قضاء المحاكم بتطبيقه ، اذ ترى أن الزام العرف لا ينشأ من تلقاء نفسه ، وانما ينشئه القضاء انشاءً ويطبقه فيما يرفع اليه من منازعات . أى أن العرف لا يتكون الا بعد حكم المحاكم به ، فالقضاء هو الذى يكونه ويخلقه بما يسبغ عليه من قوة الزامية .

وتجد هذه النظرية أنصارا كثيرين ، ليس فقط في القانون الانجليزى حيث قد تلتبس تأييدا لها في نظام السوابق القضائية المقرر في هذا القانون ، بل كذلك لدى بعض الفقهاء الفرنسيين رغم خلو القانون الفرنسى من نظام السوابق القضائية .

وأبرز الفقهاء الفرنسيين المؤمنين بهذه النظرية والداعين لها «لامبير»

(١) Lebrun, thèse précitée, No. 166.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت، المرجع السابق، فقرة ٧٥ .

(٢) راجع سابقا ، فقرة ٦٩ .

(٣) في هذا المعنى :

Gény, op. cit., t. I, No. 115, p. 344. — Lebrun, thèse précitée, No. 168.



( Lambert ) « ١ » . فهذا الفقيه يستقرىء التاريخ ، ليخلص الى أن العرف في الجماعات البدائية لم يخرج — خلافا للشائع — من العادة الشعبية ( L'usage populaire ) ، وانما خرج من أحكام الكهنة القضاة ( Les prêtres-juges ) الذين كانوا يستمدون سلطتهم في القضاء من صفتهم الدينية ، نظرا لاختلاط القانون بالدين حينئذ . ولم يتغير الحال من بعد ، حين أصبح القضاء مدنيين يستمدون سلطانهم في القضاء من الدولة لا من الدين . فاجتماع الجماعة على قاعدة قانونية ( عرفية ) لا يكون اذن تلقائيا ، اذ مصالح الأفراد مختلفة ، والنظرة عندهم الى ما يجب من قواعد لحكم علاقاتهم لا بد بالتالى وأن تكون متباينة . ولا ينحسم الأمر الا بتدخل سلطة اجتماعية هي السلطة القضائية . فاذا اطردت أحكام هذه السلطة واستقرت على القواعد الواجبة ، كان قولها القول الفصل الذى ينزل الجميع عند حكمه ، سواء كان ذلك عن اقتناع ، أو عن تسليم أمام ما لهذا القضاء المستقر من حجة ملزمة . وبذلك لا يأتى اجتماع الأفراد وتضافرهم على العمل بهذه القواعد الا لاحقا لحكم القضاء بها واستقراره عليها . ولا ينفى هذا التصوير أن القضاء لا يتحكم فى فرض هذه القواعد المسماة بالقواعد العرفية ، وانما يستلهم فى فرضها الاتجاهات والأفكار السائدة فى الجماعة حينئذ ، اذ يبقى له وحده سلطة اعطاء وصف القواعد القانونية لما يوجد فى الجماعة من عادات مختلفة مبهمة مجردة من القيمة القانونية « ٢ » . فاذا كان للجماعة دور اذن فى شأن هذه القواعد ، فهو ليس على أى حال دور الخالق السابق ، وانما هو دور المنظم اللاحق . ولكن هذه النظرية بدورها غير سليمة . فليس ثم ما يقطع تاريخيا بأن العرف قد استمد الزامه من أحكام القضاء به كما تدعى هذه النظرية .

---

( ١ ) Lambert, La fonction du droit civil comparé, t. I, 1903.

وانظر كذلك فى عرض نظرية هذا الفقيه :

Waline, op. cit., Nos. 153-157, pp. 274-283. — Lebrun, thèse précitée, Nos. 184-190.

( ٢ ) Waline, op. cit., No. 157, pp. 292, 283.



بل يبدو من المسلم أن بعض القواعد العرفية - على الأقل - قد تكون كقواعد قانونية ملزمة من قبل تدخل القضاء «<sup>(١)</sup>» ، أو حتى دون حاجة الى هذا التدخل «<sup>(٢)</sup>» كما هو الشأن في بعض قواعد العرف المهني «<sup>(٣)</sup>» .

فضلا عن أن النظر الى القضاء باعتبار وظيفته هي تطبيق القانون ، تفترض نشوء القانون بمعزل عن القضاء ومن قبل تدخله لكي يستطيع من بعد القيام بوظيفته في تطبيقه . وليس من الطبيعي كذلك أن يكون ما يستند اليه القضاء ويطبقونه في منازعات الأفراد هو ما يضعونه بأنفسهم من قواعد «<sup>(٤)</sup>» .

فالقضاء اذن لا ينشئ العرف ، لأن العرف انما ينشأ في الجماعة وتقوم العقيدة في الزامه في أذهان الناس ، ثم يجرون على اتباعه من قبل أن يرفع الأمر الى القضاء . فاذا رفع الأمر الى القضاء وحكم بالعرف ، فهو انما يحكم بقاعدة قانونية موجودة أصلا، كما يفعل حين يحكم بقاعدة تشريعية ثابتة بنص من النصوص المدونة . أي أن القضاء لا ينشئ العرف أو يخلقه بحكمه به ، وانما هو يكشف عن وجوده كقاعدة قانونية ملزمة . ومتى كان العرف موجودا ، أصبح القضاء ملزما بتطبيقه ، اذ يجد نفسه

(١)

Lebrun, thèse précitée, No. 197. — Gény, op. cit., t. II, No. 192, p. 264.

(٢) يرى الأستاذ « فالين » أن ثم قاعدة قانونية على الأقل لا مناص من التسليم باعتبار مصدرها الأصلي في الجماعات البدائية هو العرف لا القضاء ، هي تلك القاعدة التي كانت تعطى لاحكام القضاء نفسها القوة الملزمة ( Waline, op. cit., No. 163 )

وكذلك يرى أن ثم قواعد قانونية لا يطعن أحد في وجودها ولا في قوتها الملزمة كقواعد عرفية خالصة لا تنتسب الى أصل قضائي ، هي القواعد الأساسية لنظام الملكية في فرنسا وخاصة تلك التي كانت متعلقة بتوارث العرش وحصره في الابن الأكبر من الذكور وحرمان الاناث وذريتهن منه . فهذه القواعد وغيرها من المبادئ الأساسية للقانون العام الفرنسي القديم قد تكونت عرفيا دون أي تدخل قضائي ( Waline, op. cit., No. 164 ) .

(٣) Marty et Raynaud, op. cit., No. 114.

(٤) Gény, op. cit., t. II, No. 192, p. 266.



أمام قاعدة قانونية ملزمة ، ووظيفته هي تطبيق القانون . ومن هنا ، فليس صحيحا القول بأن العرف يوجد لأن المحاكم تطبقه ، بل الصحيح هو القول بأن المحاكم تطبقه لأنه موجود . وبذلك لا يكون الزام العرف هو المؤسس على حكم القضاء به، وإنما يكون هذا الحكم هو المؤسس على الزام العرف .

### دور القضاء في تحديد مضمون العرف وتدعيم قوته الملزمة :

إذا كان جمهور الفقهاء «<sup>١</sup>» يتفقون على رفض هذه النظرية لما قدمنا من أسباب ، ولا يعترفون للقضاء بالقدرة على خلق العرف بحيث يقتصر على مجرد اظهاره والكشف عنه ، فإن دور القضاء من هذه الناحية لا يزال — رغم ذلك — غير منكور في تحديد مضمون العرف وفي تحديد قوته الملزمة على السواء .

فالعرف — كما سبق البيان — يعوزه غالبا الوضوح والتحديد ، لأنه مجرد معنى يستخلص من تواتر العمل في الجماعة بسنة ملزمة . فإذا طلب الى القضاء تطبيقه ، أتيحت الفرصة لازالة الغموض والابهام عنه ، اذ يتوفر القضاء على تمحيص حقيقة العرف للوصول الى استقصاء معناه الحقيقي كما يوجد في الجماعة والحكم طبقا لهذا المعنى ؛ فكأن القضاء اذن يعين على ضبط معنى العرف وتحديده .

وكذلك فللقضاء دور كبير في تدعيم قوة الزام العرف . فلئن كانت هذه القوة كامنة في عقيدة الأفراد بحيث لا يخلقها القضاء ، الا أنها تجد التطبيق العملي لها على يد القضاء ، مما يزيد في تأكيدها وتدعيمها واقبال الأفراد على احترام العرف «<sup>٢</sup>» .

---

(١) Waline, op. cit., Nos. 162 - 165. — Génv, op. cit., I, 119, (١)  
p. 366, t. II, No. 192. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 114.

(٢) في هذا المعنى :  
Marty et Raynaud, ibid,



## ١٦٨ - قوة الزام العرف الذاتية

فالثابت اذن أن العرف لا يستمد قوته الملزمة ، لا من المشرع الذى يرضى عنه ، أو الدولة التى ترصد قوتها على كفالة احترام أحكامه ، ولا من الضمير الجماعى ، ولا من القضاء الذى يحكم بقواعده . وانما للعرف - كما يتجه الفقه الحديث - قوة الزام ذاتية مستمدة من الضرورة الاجتماعية التى تفرضه وتحتم وجوده «<sup>١</sup>» حين لا يوجد تشريع كما فى الجماعات البدائية ، أو حين يكون التشريع ناقصا - والنقص فيه طبيعى وفطرى - كما فى الجماعات الحديثة . فالواقع أن العرف هو الوسيلة الفطرية الطبيعية لكل جماعة فى حكم السلوك فيها ، وفى التصدى لتنظيم ما قد يستعصى على التشريع تنظيمه ، أو ما يتأخر التشريع عن تنظيمه .

وفضلا عن ذلك فقد يسهم فى اعطاء العرف قوة ملزمة ذاتية اعتبارات كثيرة منها ما للقديم من التقاليد من حرمة وهيبة فى النفوس ورهبة غريزية من مخالفتها ؛ وما تقتضيه حاجة الأمن والاستقرار فى المعاملات من تطبيق السنة التى جرى الناس على اتباعها زمنا طويلا باعتبارها سنة ملزمة ؛ وما فى العرف - وهو الذى يتبعه الناس عامة ، من يستفيدون منه ومن يضارون به على السواء - من قرينة على تحقيق العدل واقامة التوازن بين المصالح الفردية المتعارضة «<sup>٢</sup>» .

## ٥ ٣ - مكان العرف بين المصادر الرسمية للقانون

### ١٦٩ - مقام العرف فى القانون الحديث

قلنا ان العرف كان أقدم المصادر الرسمية للقانون وجودا ، وظلت له الغلبة والهيمنة على بقية المصادر الرسمية الأخرى التى ما لبثت أن

---

(١) Gény, op. cit., No. 116, p. 345. — Lebrun, thèse précitée, No. 212. — Roubier, op. cit., No. 1, p. 9.

(٢) Gény, op. cit., t. I, No. 116, pp. 345, 346.



ظهرت الى جواره . ثم انتشرت المدنية وتعددت حاجات الجماعات ومطالبها ، مما عجز معه العرف عن الاحتفاظ بمركزه الأسمى بين المصادر الرسمية ، فتخلي عنه . واحتله التشريع بدلا منه فأصبح اليوم — في أغلب الدول الحديثة — هو أول مصادر القانون الرسمية وأهمها . ولم تبق للعرف اليوم من أهمية تفوق أهمية التشريع الا في بعض دول محدودة وظروف خاصة بها .

وفي أغلب الدول حيث يعظم نصيب التشريع من الانتاج القانوني ، تستحيل مسايرة المذهب التاريخي في منطقته من تقديم العرف عليه في المرتبة وتمكينه من مخالفته أو الغائه ، باعتبار أن العرف هو تعبير مباشر عن ضمير الجماعة والتشريع مجرد تعبير غير مباشر عنه . فمثل هذا النظر يتنافى مع المذهب الاجتماعي — السائد في العصر الحديث — بما دفع اليه من تدخل الدولة وهيمنتها على كافة الروابط والعلاقات الاجتماعية .

فضلا عن أن طبيعة العرف نفسها تجعله أضعف من التشريع : فهو مصدر انتاجه القانوني بطيء لا يسعف الجماعات الحديثة في الاستجابة لحاجاتها الدائمة التجدد بالسرعة الواجبة . وقواعده ينقصها الوضوح والتحديد ، مما يتعذر معه تحقيق النظام والأمن والاستقرار في المعاملات . وتكوينه الذاتي دون ارادة واعية بصيرة تقوم على صياغته ووضعته ، لا يؤمن معه اسرافه أو شططه أو انعدام التناسق بين قواعده . فمن هذه النواحي تظهر أفضلية التشريع على العرف ، اذ تجتمع له — بما يقوم على وضعه من هيئات مختصة — سرعة الانتاج القانوني ، ودقة الصياغة والتحديد بما يكفل استقرار المعاملات ، وحسن التناسق بين قواعده .

#### ١٧٠ - تقدم مرتبة التشريع على العرف في القانون المصري

وأيا ما كان الأمر ، فلا خلاف في القانون المصري على تقدم مرتبة التشريع على العرف ، اذ ينص المشرع المصري صراحة على وضع التشريع في المرتبة الأولى بين مصادر القانون الرسمية، ومن بعده يأتي العرف لاكمال



ما قد يقوم بالتشريع من نقص . فالمادة الأولى من التقنين المدنى — بعد أن تحيل القاضى أولا الى نصوص التشريع فى فقرتها الأولى — تعود فى فقرتها الثانية فتعدد المصادر الأخرى التى يلمس فيها القاضى القواعد القانونية ان أعوزه النص ، وتجعل العرف فى مقدمة هذه المصادر ، اذ تقول « فاذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ... » .

والعرف على هذا النحو يعتبر فى القانون المصرى مصدرا رسميا تكميليا ، يلجأ اليه فى حال نقص نصوص التشريع لاكمال هذا النقص . وفى ذلك تصرح المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المدنى الجديد بقولها « الواقع أن العرف هو المصدر الذى يلى التشريع فى المرتبة ، فمن الواجب أن يلجأ اليه القاضى مباشرة ان افتقد النص . . . فالعرف هو المصدر الشعبى الأصل الذى يتصل اتصالا مباشرا بالجماعة ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التى يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أو استعصائها على النص . ولذلك ظل هذا المصدر وسيظل الى جانب التشريع مصدرا تكميليا خصباً لا يقف انتاجه عند حدود المعاملات التجارية ، بل يتناول المعاملات التى تسرى فى شأنها قواعد القانون المدنى وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء » (١) .

#### ١٧١ — نتائج تخلف المرتبة بالعرف عن التشريع

ينبنى بداهة على تأخر مرتبة العرف عن مرتبة التشريع فى القانون المصرى ، أن العرف لا يملك كقاعدة عامة الغاء التشريع أو مخالفته ، وان كان التشريع — على العكس من ذلك — يملك مخالفة العرف والغاءه . وهذه النتيجة المنطقية لتدرج المرتبة بين التشريع والعرف ، تستخلص كذلك من نص المادة الثانية من التقنين المدنى على أنه « لا يجوز الغاء نص تشريعى الا بتشريع لاحق ... » . فغنى عن البيان — كما

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، ج ١ ، ص ١٨٧ و ١٨٨ .



تقول المذكرة الايضاحية في هذا الشأن - « أن النص على عدم جواز نسخ التشريع الا بمقتضى تشريع آخر ، يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعي بمقتضى عرف لاحق «<sup>١</sup>» .

**(١) عدم قدرة العرف على مخالفة او الغاء نصوص التشريع الآمرة :**

الثابت اذن أن العرف - كمبدأ عام - لا يملك مخالفة التشريع أو الغاءه . وهذا المبدأ - فيما نرى - مطلق بالنسبة لنصوص التشريع الآمرة ، ما يحى منها مصالح خاصة ، وما يحى منها مصالح عامة أو مصالح أساسية للدولة على السواء . فلا تقر ما يراه بعض الفقهاء «<sup>٢</sup>» من جواز مخالفة العرف لنصوص التشريع الآمرة المقصود منها حماية مصالح خاصة ، لأن مثل هذه النصوص لا تقل عن النصوص الآمرة الأخرى تعلقا بالنظام العام فلا يجوز الترخيص في مخالفتها أو الغائها الا بنصوص تشريعية آمرة كذلك .

أما ما يراه بعض الفقهاء من جواز مخالفة العرف التجارى خاصة للنصوص التشريعية الآمرة «<sup>٣</sup>» ، فقول لا يمكن التسليم به على اطلاقه . اذ لا يمكن بحال من الأحوال - والمبدأ هو تقدم مرتبة التشريع على العرف - تبرير مخالفة العرف التجارى لنصوص القانون التجارى الآمرة ، أيا كان نوع المصالح التى تحميها هذه النصوص .

انما كل ما يمكن تبريره في هذا الشأن ، هو جواز مخالفة العرف التجارى لنصوص القانون المدنى الآمرة ، اذ الواقع أنه ليس في ذلك اهدار لمبدأ تدرج المصادر الرسمية للقانون ، أو تغليب للعرف على التشريع .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ١٩٦ .  
(٢) عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ،  
فقرة ٨٠ ، ص ٩٣ ؛ وفقرة ١٦٧ ، ص ٢١٨ ، هامش (١) . - سليمان مرقس ،  
المرجع السابق ، فقرة ١٥٢ .  
(٣) عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، الموضع السابق .



ذلك أن الأمر لا يعدو تحديد نطاق تطبيق كل من القانون التجارى والقانون المدنى . والقاعدة فى هذا الشأن أن القانون المدنى يكمل القانون التجارى عند نقصه ، لأنه هو الأصل ، والقانون التجارى الفرع ؛ فحيث لا توجد قواعد خاصة بالمسائل التجارية ، لا يبقى مناص من الرجوع الى القواعد العامة فى القانون المدنى باعتباره الشريعة العامة فى المعاملات الخاصة للأفراد . ووجود عرف تجارى معناه وجود قاعدة قانونية تجارية أى قاعدة خاصة . فلا حاجة مع وجودها الى تطبيق القواعد المدنية وهى قواعد عامة فى هذا الشأن . وبذلك لا يقوم تنازع بين العرف التجارى وبين نصوص القانون المدنى ، اذ مع وجود مثل هذا العرف تثبت له الولاية وحده فى مجاله التجارى الخاص دون النصوص المدنية العامة « ١ » .

فاذا وجد عرف تجارى ، فلا تقاس مرتبته اذن الى القانون المدنى — اذ لا محل لتطبيق القانون المدنى وهو القاعدة العامة عند وجود العرف التجارى وهو القاعدة الخاصة — والما تقاس مرتبته فقط الى القانون التجارى ، فتظل متأخرة عن نصوصه الآمرة — كما هو المبدأ العام — بحيث لا يجوز لها مخالفتها أو الغاؤها « ٢ » .

---

(١) فى هذا المعنى :

Gény, op. cit., t. I, No. 129, p. 413. — Ripert, Traité élémentaire de droit commercial, 1948, No. 48.

مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٣ ، ص ٣٧ و ٣٨ .  
وانظر عكس ذلك :  
محسن شفيق ، المرجع السابق ، الجزء الاول ، فقرة ٣١ .

(٢) ولذلك لانقر ما يذهب اليه بعض الفقهاء ( سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١٥٢ ) من تجويز مخالفة العرف التجارى نصوص القانون التجارى الآمرة ( غير المتصلة بمصالح الدولة الأساسية ) ، وقياسهم على ذلك العرف المدنى للقول بإمكان مخالفته كذلك نصوص القانون المدنى الآمرة المماثلة . فهذا الراى يتعارض مع صريح نصوص القانون المصرى ( انظر كذلك فى انتقاد هذا الراى : عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص ١٥٨ ، هامش (١) ) .



وقد أجاز التقنين المدني صراحة مخالفة العرف التجارى للنص  
المدنى الأمر الخاص بالفوائد المركبة ، اذ تنص المادة ٢٣٣ منه على أنه  
« لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد، ولا يجوز فى أية حال أن يكون  
مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك كله  
دون اخلال بالقواعد والعادات التجارية » . وهذا النص مبرر - كما سبق  
البيان - لأنه لا يتضمن خرقاً لمبدأ تقدم مرتبة التشريع على العرف ، اذ  
ما دامت القاعدة أن لا ولاية لقواعد القانون المدنى فى المسائل التجارية  
عند وجود عرف فيها ، فلا تنازع يتصور اذن بين العرف التجارى والنص  
المدنى الأمر على أيهما أولى بالتطبيق ، حتى يمكن أن يقال - فى حال تطبيق  
العرف التجارى - بتغلبه على النص المدنى الأمر .

## (٢) قدرة العرف على مخالفة النصوص المفسرة أو المكملة دون إلغائها :

ولئن كان العرف لا يملك مخالفة أو إلغاء نصوص التشريع الآمرة ،  
فهو يملك مخالفة نصوص التشريع المفسرة أو المكملة لارادة المتعاقدين<sup>(١)</sup> ،  
اذ هى نصوص يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها ، فمن باب أولى  
يجوز نشوء عرف مخالف لها فى الجماعة . ولذلك نرى المشرع يعنى  
بالتنبية فى بعض النصوص المفسرة أو المكملة الى أن هذه النصوص  
لا تسرى اذا وجد عرف مخالف لها . ومن قبيل ذلك ما تنص عليه المادتان  
٤٥٦ و ٤٥٧ من التقنين المدنى ، من أن الثمن يكون مستحق الوفاء فى  
المكان والوقت الذى يسلم فيه المبيع « ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى  
بغير ذلك » . وما تنص عليه المادة ٤٦٤ من أن « نفقات تسلم المبيع على  
المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك » . وما تنص عليه

(١) فى هذا المعنى :

Gény, op. cit., t. I, No. 128, p. 401.

سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١٥٢ . مصطفى كمال طه ،  
المرجع السابق ، فقرة ٢٣ .



المادة ٦٥٦ في صدد عقد المقاولة من أنه « يستحق دفع الأجرة عند تسلم العمل ، الا اذا قضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك » .

وغنى عن البيان أن العرف اذا كان يملك مخالفة نصوص التشريع المفسرة أو المكملة ، فلا تحمل هذه المخالفة معنى الغاء تلك النصوص .  
فقيام عرف مخالف لتلك النصوص انما يحمل محمل اتفاق الأفراد وتراضيههم على خلافها «<sup>١</sup>» ، فلا يكون له من أثر الا مجرد استبعاد تطبيقها دون الامتداد الى الغائها «<sup>٢</sup>» ، اذ العرف — كما قلنا — لا يملك الغاء التشريع باعتباره أدنى مرتبة منه .

#### ١٧٢ - نصيب العرف في فروع القانون المختلفة

من كل ذلك يخلص أن مكان العرف بين المصادر الرسمية للقانون يأتي بعد التشريع مباشرة . غير أن نصيبه — كمصدر رسمي تكميلي للتشريع — يتفاوت بتفاوت فروع القانون .

(١) القانون التجارى : العرف أخصب ما يكون في نطاق القانون التجارى ، حيث النصوص التشريعية ليست وفيرة أو كافية لمواجهة مطالب الحياة التجارية المتجددة المتطورة . ومن أمثلة العرف التجارى افتراض التضامن بين المدينين ، فيكون للدائن فى المعاملات التجارية مطالبة أى واحد من المدينين بكل الدين ؛ وهذا العرف التجارى مخالف لما ينص عليه التقنين المدنى من أن التضامن لا يفترض وانما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون ( م ٢٧٩ ) . ومن أمثلة العرف التجارى كذلك ما يقضى به خاصة فى شأن الحساب الجارى من جواز تقاضى فوائد على متجمد

---

(١) ولكن يراعى أن ليس هذا هو المجال الخاص للعرف ، وانما هو مجال العادات الاتفاقية .

انظر : Gény, op. cit., t. I, No. 128, p. 401, No. 132, pp. 426, 427.

— وانظر سابقا ، ص ٣٣٨ ، هامش (١) .

(٢) فى هذا المعنى :

عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ١٢٢ ، ص ١٥٨ .



الفوائد أو تجاوز مجموع الفوائد لرأس المال ، خلافا للقاعدة الآمرة الموجودة في التقنين المدني في هذا الشأن ( م ٢٣٢ ) ، وكذلك من قواعد العرف التجارى قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفع على حامل الورقة التجارية حسن النية ، وقاعدة عدم تجزئة الحساب الجارى «<sup>١</sup>» .

(٢) القانون المدني : وفي نطاق القانون المدني ليس نصيب العرف بالوافر ، وان تكن نصوص التقنين المدني تحيل عليه أحيانا كما سبق البيان . ومن أمثلة العرف في العلاقات المدنية ما يقضى به من وجود قرينة على اعتبار أثاث المنزل ملكا للزوجة المسلمة ، فلقد جرى العرف بين المسلمين على أن تجهيز منزل الزوجية بالأثاث انما تتكفل به الزوجة أو أهلها ؛ ولكن هذه القرينة العرفية مجرد قرينة بسيطة يجوز اقامة الدليل على عكسها . وكذلك ما يزال العرف يجرى في مصر على أن المرأة تظل تحتفظ بلقب أسرتها الأصلية بعد الزواج ، خلافا لما يجرى به العرف في الدول الغربية من اكتسابها لقب الزوج بمجرد الزواج .

(٣) القانون الدستوري وفي نطاق القانون الدستوري ليس حظ العرف بالضئيل «<sup>٢</sup>» . فبعض الفقهاء في مصر مثلاً كانوا يرون — كما رأينا — حق السلطة التنفيذية في اصدار لوائح البوليس في ظل دستور سنة ١٩٢٣ بما جرى عليه العرف في ذلك «<sup>٣</sup>» .

وكذلك يشير الدستور الجديد في بعض مواده الى العرف ، كقوله في المادة ٤٣ منه « ... تحمى الدولة حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد طبقا للعادات المرعية في مصر ، على أن لا يخل ذلك بالنظام العام ولا ينافي الآداب » ، وهو تكرار للنص الذي كان موجودا في دستور سنة

---

(١) مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، ص ٣٨ .

(٢) راجع في العرف الدستوري وأنواعه وقوته :

عبد الحميد متولى ، الفصل في القانون الدستوري ، ص ١٨٥-٢٠٢ .

سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص ٨٣-١٠٦ .

(٣) انظر سابقا ، ص ٢٩٤ .



١٩٢٣ (١٣ م) •

(٤) **قانون العقوبات** : أما قانون العقوبات ، فليس للعرف فيه — بوصفه مصدرا رسميا — أدنى نصيب ، نظرا لاحتكار التشريع حق تقرير الجرائم وفرض العقوبات «<sup>١</sup>» • فثم قاعدة أساسية في قانون العقوبات تقضى بأنه « لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون » • وتحرص الدساتير عادة على النص عليها صراحة — كالدستور المصرى الجديد ( م ٣٢ ) — تأكيدا وكفالة للحرية الفردية • وعلى ذلك ، فأمام خلو التشريع من نص يقضى بتحريم فعل والعقاب عليه ، لا يكون أمام القاضى الا تبرئة المتهم دون أن يملك الالتجاء الى العرف لسد نقص التشريع والعقاب بالتالى على الفعل المرتكب «<sup>٢</sup>» •

ولكن اذا كان العرف لا يملك تقرير جريمة أو فرض عقوبة ، فانه حيث يوجد نص تشريعى بالعقاب على جريمة ، يكون الالتجاء الى العرف متصورا على سبيل الاستثناس بصفته معينا على تفسير النص «<sup>٣</sup>» وتحديد

(١) فى هذا المعنى :

محمد كامل مرسى والسعيد مصطفى السعيد ، شرح قانون العقوبات المصرى الجديد ، الطبعة الثانية ، ١٩٤٣ ، ص ١٠٦ •

(٢) فى هذا المعنى :

Seiitirô Ono, les sources du droit pénal, Recueil d'études sur les sources en droit, en l'honneur de F. Génv, t. III, p. 279.

محمد كامل مرسى والسعيد مصطفى السعيد ، الموضع السابق •

(٣) ومع ذلك ، فقد ذهب بعض الفقهاء ( سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١٥١ ، ص ٢٢٩ ) الى أن للعرف مجالا فى نطاق قانون العقوبات بوصفه مصدرا رسميا تكميليا يسد نقص التشريع ، مستندا فى ذلك الى حكم لمحكمة النقض يقضى بأنه « لا محل للقول بأنه لا توجد لوائح تقضى بأن يلتزم سائق السيارة السير على يمين الميدان محل الواقعة ويدور حوله ، لأن العرف جرى بأن يلتزم سائقو السيارات الجانب الايمن من الطرق دائما » • ( نقض ٦ أبريل ١٩٤٨ ، مجلة التشريع والقضاء ، السنة الاولى ، رقم ١٢٣ ، ص ١٦٦ ) =



مضمونه ، أى بصفته مجرد مصدر تفسيري .

غير أن متابعة حيثيات هذا الحكم لا تسمح بمثل هذا القول . فمحكمة النقض تستطرد فتقرر أن « مخالفة هذا العرف تتحقق بها مخالفة لائحة السيارات التى تنص على أنه لايجوز سوق السيارات بسرعة أو بكيفية ينجم عنها بحسب ظروف الأحوال خطر ما على حياة الجمهور أو ممتلكاته » . ومن ذلك يتبين وجود نص تشريعى بالتجريم والعقاب هو نص لائحة السيارات ، وما كان رجوع محكمة النقض الى العرف الا لتفسير هذا النص وتحديد الكيفية التى ينجم عن السوق بها خطر على حياة الجمهور أو ممتلكاته ، ذلك السوق الذى تعاقب عليه هذه اللائحة . ومن هنا لم يكن الرجوع الى العرف من جانب محكمة النقض رجوعا اليه بوصفه مصدرا رسميا منشأ لجريمة أو فأرضا لعقوبة ، وإنما كان بوصفه مجرد مصدر تفسيري تستعين به على تفهم مضمون النص التشريعى الموجود أصلا . ولا تشرب على محكمة النقض فى الاستعانة بالعرف لتفسير نص من النصوص التشريعية الجنائية ، اذ يبقى أساس الحكم بتوافر أركان الجريمة أو بالعقاب عليها هو أساس تشريعى محض ، مما تظل محترمة معه قاعدة « لاجريمة ولاعقوبة الا بناء على قانون » . وقد كان لهذا النقد الذى سبق أن وجهناه ( انظر : كتابنا ، محاضرات فى المدخل للقانون ، ١٩٥٤ ، ص ٢٢٥ و ٢٢٦ ) الى الراى القائل باعتبار العرف مصدرا رسميا تكميلى لقانون العقوبات ، أثره فى رجوع صاحبه عنه ، اذ أصبح يذكر أن « دور العرف فى المواد الجنائية يقتصر على انشاء الالتزام الذى تقع مخالفته تحت طائلة نص قائم فى تشريع يفرض عقوبة على مجموعة من المخالفات كالنص على عقاب من يقود سيارة بطريقة ينجم منها خطر ، ولا يمكن أن يجاوز ذلك الى انشاء جريمة أو تقرير عقوبة » ( سليمان مرقس ، المرجع السابق ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٧ ، ص ٢٦٢ ) .



## ثانيا - مبادئ الشريعة الإسلامية

١٧٣ - اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية في التقنين المدني الجديد مصدرا رسميا احتياطيا يلى العرف في غير النطاق المتروك أصلا لولاية الدين

أشرنا من قبل الى أن الشريعة الإسلامية تعتبر مصدرا أصليا للقانون المصرى في نطاق محدود لا يعدو بعض مسائل الوقف والأحوال الشخصية . فهي الشريعة ذات الولاية العامة في هذا النطاق بالنسبة الى المصريين جميعا على اختلاف عقائدهم الدينية فلا يخرج عن ولايتها العامة في هذا الشأن الا بعض مسائل محدودة تدخل استثناء في ولاية الشرائع الدينية الأخرى .

ولم يكن للشريعة الإسلامية اعتبار آخر بين المصادر الرسمية للقانون المصرى فيما وراء هذا النطاق ؛ ولذلك لم يسلكها المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد في سلك المصادر الرسمية الاحتياطية التى تكمل نقص التشريع ، بل قنع بتسويتها بالفقه والقضاء كمصدر يرجع اليه القاضى على سبيل الاستئناس لا الإلزام ، اذ كان ينص على أن القاضى « يستلهم . . . الأحكام التى أقرها الفقه مصرىا كان أو أجنبىا ، وكذلك يستلهم مبادئ الشريعة الإسلامية » (١) .

ثم رأت لجنة مراجعة ذلك المشروع أن ترتفع بمرتبة الشريعة الإسلامية في هذا الصدد ، فاعتبرتها ضمن المصادر الرسمية الاحتياطية التى تكمل نقص التشريع ، ووضعتها في المرتبة الثانية من هذه المصادر بعد العرف . ونصت على ذلك في المشروع النهائى للتقنين بقولها « اذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف . فاذا لم يوجد ،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ، ص ١٨٣ .



فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون تقييد بمذهب معين «...» «<sup>(١)</sup>» .

وقد ثارت في اللجنة المؤلفة في مجلس الشيوخ لبحث ذلك المشروع النهائي مناقشة طويلة حول هذا النص . فقد اعترض على حكم الإحالة على مبادئ الشريعة الإسلامية « دون تقييد بمذهب معين » ، بأن ذلك قد يستتبع اضطرابا في الأحكام لاختلاف المذاهب الإسلامية اختلافا يينا فيما بينها . و انتهت اللجنة الى حذف العبارة الخاصة بعدم التقييد بمذهب معين حين الرجوع الى مبادئ الشريعة الإسلامية ، أخذا بأن المقصود هو الرجوع الى المبادئ الكلية لهذه الشريعة دون حلولها التفصيلية ، وهذه المبادئ الكلية لا تختلف باختلاف المذاهب الفقهية الإسلامية .

وكذلك اعترض على تقييد الرجوع الى مبادئ الشريعة الإسلامية بمبادئها الأكثر ملاءمة لنصوص القانون ، بأن التعارض بين مبادئ الشريعة الإسلامية ونصوص القانون لن يحدث ، لأن الشريعة الإسلامية لن تطبق الا حيث لا يوجد نص ، ولن يطبق منها الا المبادئ العامة دون الحلول التفصيلية . و انتهت اللجنة الى حذف عبارة « الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون » لأن حكمها مفهوم في حدود فكرة الملاءمة «<sup>(٢)</sup>» .

وبذلك خرج نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين المدني الجديد كالآتي : « فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف . فاذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية... » .

وعلى هذا النحو ، يمكن أن نقول ان الشريعة الإسلامية — فيما عدا النطاق المتروك أصلا لولاية الدين — تعتبر مصدرا رسميا تكميليا يأتي في

---

(١) المرجع السابق ، ص ١٩٠

(٢) المرجع السابق ، ص ١٩١ و ١٩٢ .



المرتبة التالية للعرف ؛ بمعنى أنه عند عدم وجود نص في التشريع ، يلجأ القاضي أولاً الى العرف ، فان لم يجد عرفاً لجأ من بعد ذلك الى مبادئ الشريعة الاسلامية . والمقصود بذلك هو مبادئ هذه الشريعة وأصولها الكلية وحدها التي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب ، دون حلولها التفصيلية أو أحكامها الجزئية التي تتفاوت الآراء بشأنها بتفاوت المذاهب والفقهاء ؛ على أن يكون مفهوماً وجوب عدم تعارض مبادئ الشريعة الاسلامية المأخوذ بها مع المبادئ العامة الأساسية للقانون المصري الوضعي الحالي لضمان تجانس أحكامه على اختلاف مصادرها وامتناع تناقضها (١) .

وغنى عن البيان أن مبادئ الشريعة الاسلامية باعتبارها مصدراً رسمياً تكميلياً ، إنما يرجع اليها عند نقص التشريع والعرف ، في غير نطاق مسائل الأحوال الشخصية وهو النطاق المتروك أصلاً لولاية الدين ، بالنسبة للجميع مسلمين وغير مسلمين .

وإذا كان المشرع المصري في التقنين المدني الجديد قد جعل من مبادئ الشريعة الاسلامية مصدراً رسمياً احتياطياً يجب على القاضي الرجوع اليه بعد العرف وقبل الالتجاء الى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، وكان ذلك حقيقةً بإيجاد مجال لتطبيق الشريعة الاسلامية مما قد يكون له أثره في انهاض الفقه الاسلامي وحيائه (٢) بعد أن طال سباته منذ اقفال باب الاجتهاد ؛ فينبغي أن يراعى - رغم ذلك - أن الالتجاء الى الشريعة الاسلامية لن يتأتى في العمل الا نادراً ، نظراً لأن التشريع - وهو المصدر الرسمي الأول للقانون المصري - قد غدا في العصر الحديث غزير الانتاج وسريعاً على السواء ، مما لا يدع مجالاً كبيراً للالتجاء الى العرف وهو

(١) في هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الأول ، ص ٤٩ .

(٢) عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٤٨ .



المصدر الذى يليه فى الترتيب مع أنه مصدر حى معاصر للجماعة ومتجاوب مع تطورها ، وبالتالى ومن باب أولى لا يكاد يترك فرصة للمصدر الذى يلى العرف فى المرتبة وهو مبادئ الشريعة الإسلامية وخاصة فى وضعها الراهن الذى ثبتت عليه دون تطور منذ قرون عديدة نتيجة اقبال باب الاجتهاد فيها ، فضلاً عما قد يكون هنالك من تعارض بين بعض مبادئ هذه الشريعة وبين المبادئ العامة الأساسية للقانون الوضعى المصرى الحالى •







# الفرع الثانى

## تطبيق القاعدة القانونية







## مقدمة

### ١٧٤ - السلطة القضائية تقوم على تطبيق القانون

إذا تكونت القاعدة القانونية على التفصيل الذى سبق بيانه ، فيبقى تطبيقها فى العمل • والسلطة القضائية المثلة فى المحاكم هى التى تختص بمثل هذا التطبيق • وتعنى الدساتير عادة بالنص خاصة على استقلال هذه السلطة ، بما يضمن توفير حرية التقدير للقضاة ، دون سلطان عليهم فى ذلك لغير القانون وضمايرهم «١» •

وقد عرفت مصر نظام تعدد الجهات القضائية نظرا لظروف تاريخية «٢» وتقليدية معينة «٣» • وإذا كان هذا التعدد ما يزال قائما بعد الى اليوم ، فانه قد أصبح منحصرًا فى أضيق نطاق ، بعد أن خطا المشرع المصرى - فى السنوات الأخيرة - خطوات مباركة بإلغاء المحاكم

---

(١) تنص المادة ١٧٥ من الدستور المصرى الجديد على أن « القضاة مستقلون لاسلطان عليهم فى قضائهم لغير القانون ، ولا يجوز لأية سلطة التدخل فى القضايا أو فى شئون العدالة » . وتنص المادة ١٧٩ منه على أن « القضاة غير قابلين للعزل ، وذلك على الوجه المبين فى القانون » .

(٢) راجع فى تاريخ نظام الامتيازات الأجنبية وتطوره فى مصر : حامد زكى ، أصول القانون الدولى الخاص ، الطبعة الثالثة ، ١٩٤٤ ، فقرة ٤٠٨ وما بعدها . - محمد عبد المنعم رياض ، مبادئ القانون الدولى الخاص ، الطبعة الثانية ، ١٩٤٣ ، فقرة ٢٥٣ وما بعدها .

(٣) راجع فى اصل وتطور نظام الامتيازات الطائفية فى مصر :

Hassan Boghdadi, origine et technique de la distinction des statuts personnelle et réel en Egypte (Etude de droit comparé), thèse, Le Caire, 1937.

حسن بغدادى ، الاختصاص التشريعى والقضائى بالنسبة لموارث غير المسلمين ووصاياهم ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، السنة الأولى ، العدد الثالث ، ص ٦١٣ وما بعدها . - حامد زكى ، المرجع السابق ، فقرة ٣٩٣ وما بعدها . - محمد عبد المنعم رياض ، المرجع السابق ، فقرة ٣٢١ وما بعدها .



المختلطة «١» والمحاكم الشرعية والمجالس المالية المتعددة «٢» . فلم تعد المحاكم متعددة في مصر — على النحو المعيب السابق — تبعا لاختلاف جنسيات الخصوم أو اختلاف أديانهم . وانما بقى نوع من تعدد الجهة القضائية ، يقوم على أساس تميز المنازعات الادارية — عن بقية المنازعات الأخرى — بطبيعة خاصة ، استدعت تخصيصها بجهة قضاء مستقلة عن جهة القضاء العادى «٣» . ولذلك فثم ظاهرة تحكم القضاء في مصر اليوم

---

(١) مهدت اتفاقية « منترو » المعقودة سنة ١٩٣٧ لالغاء الامتيازات الأجنبية في مصر من الناحيتين التشريعية والقضائية . وقد تم تحقيق هذا الالفاء نهائيا منذ ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ .

(٢) تم هذا الالفاء بمقتضى القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٥٥ ( الوقائع المصرية في ٢٤ سبتمبر سنة ١٩٥٥ ، العدد ٧٣ مكرر (ب) ) حيث نصت المادة الأولى منه على أن « تُلغى المحاكم الشرعية والمحاكم المالية ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ ، وتحال الدعاوى المنظورة امامها لغاية ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ الى المحاكم الوطنية لاستمرار النظر فيها وفقا لاحكام قانون المرافعات وبدون رسوم جديدة ... » .

(٣) ومع ذلك ، فيذهب بعض فقهاء القانون الادارى في مصر الى انكار الحاجة الى انشاء قضاء ادارى مستقل فيها ، وذلك على الأقل في غير دعاوى الالفاء التى تعتبر في حقيقتها تظلمات ادارية . اذ ليس وجود قضاء ادارى مستقل شرطا أساسيا لوجود القانون الادارى ، خلافا للشائع في هذا الشأن . واذا كان التخصيص من مزايا القضاء الادارى المستقل ، فان من اليسر تحقيقه في نطاق القضاء العادى بتخصيص دوائر خاصة في المحاكم العادية للفصل في المنازعات الادارية ؛ وفي جعل المنازعات الادارية من اختصاص المحاكم العادية على هذا النحو ، ما ييسر ويقرب طريق القضاء للمتقاضين نظرا لانتشار محاكم القضاء العادى في أنحاء البلاد . فضلا عن أن تخويل القضاء العادى حق النظر في القضايا الادارية ، يكاد يكون هو الحل الوحيد الذى يتفق مع مبدأ فصل السلطات الذى يقوم على أساسه النظام الدستورى المصرى . ( انظر في بسط هذا الرأى والدفاع عنه : محمد فؤاد مهنا : القانون الادارى المصرى والمقارن ، الجزء الأول ، ١٩٥٢ ص ٦٢ و ٦٣ ؛ مجلس الدولة والقضاء الادارى في مصر ، مجلة الحقوق ، السنة الثالثة ، العدد الثانى ، خاصة ص ٣٠٣ وما بعدها ) ■



هى ظاهرة ازدواج جهته ، فالى جانب جهة القضاء العادى توجد جهة القضاء الادارى .

(١) **جهة القضاء العادى :** تعتبر هذه الجهة هى جهة القضاء ذات الولاية والاختصاص العام الذى يشمل كل المسائل والمنازعات الا ما يخرج منه استثناء بنص خاص . وفى أعلى السلم المتدرج لمحاكم هذه الجهة توجد محكمة النقض ، وهى المحكمة العليا التى تسهر على صحة تطبيق القانون . ومن تحتها تتدرج المحاكم الى محاكم استئناف ومحاكم ابتدائية ومحاكم جزئية فى المواد المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية ، والى محاكم جنائيات ومحاكم جنح ومحاكم مخالفات فى المواد الجنائية .

(٢) **جهة القضاء الادارى :** لم تكن فى مصر — قبل انشاء مجلس الدولة سنة ١٩٤٦ — جهة قضاء مستقلة للفصل فى المنازعات الادارية بل كان الفصل فيها حينئذ من اختصاص جهة القضاء العادى ، التى كانت سلطتها فى ذلك محدودة مقيدة . ثم أنشئ مجلس الدولة ، وجعل من بين أقسامه قسم قضائى ، أصبحت محاكمه اليوم تتدرج على النحو التالى : المحكمة الادارية العليا ، ومحكمة القضاء الادارى ، والمحاكم الادارية «١» . وولاية محاكم جهة القضاء الادارى ولاية خاصة ، قاصرة على ما تخضعه لها القوانين من مسائل — تكاد تشمل كل أنواع المنازعات الادارية — انتزاعا من الولاية القضائية العامة الثابتة أصلا لجهة القضاء العادى «٢» .

---

= واذا كان صاحب هذا الراى ما يزال يؤمن بسلامة ما يقوم عليه من حجج، فانه — رغم ذلك — لم يعد يرى اليوم من الجائز التفكير فى إلغاء نظام مجلس الدولة فى مصر بعد أن حقق كثيرا من النجاح وثبت الزمن أركانه . ( محمد فؤاد مهنا ، دروس القانون الادارى ، ج ٣ ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ، ١٩٥٧ ، ص ٤٣ ) .

(١) م ٣ من القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ فى شأن تنظيم مجلس الدولة ( الوقائع المصرية فى ٢٩ مارس ١٩٥٥ ، العدد ٢٥ مكرر ) .

(٢) محمد فؤاد مهنا ، المرجع السابق ، ج ٣ ، ص ١٠٢ و ١٠٣ .



ومواجهة للتنازع المحتمل بين جهتي القضاء ، أوجد المشرع محكمة لفضه ، اذ تقرر المادة ١٩/١ من قانون نظام القضاء أنه « اذا رفعت دعوى عن موضوع واحد أمام احدى المحاكم وأمام محكمة القضاء الادارى ... ولم تتخل احدهما عن نظرها أو تخلت كلتاهما عنها ، يرفع طلب تعيين المحكمة التى تفصل فيها الى محكمة النقض منعقدة بهيئة جمعية عمومية يحضرها على الأقل أحد عشر مستشارا من مستشاريها . وتختص هذه المحكمة كذلك بالفصل فى النزاع الذى يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائين متناقضين صادر أحدهما من احدى المحاكم والآخر من محكمة القضاء الادارى .

#### ١٧٥ - منهج البحث

يشير البحث فى تطبيق القاعدة القانونية مسألتين رئيسيتين : الأولى ، تعيين نطاق هذا التطبيق ، أى تعيين مدى سريان القاعدة القانونية . والثانية ، تفسير القاعدة القانونية تفسيراً يفصح عن معنى الحكم الذى تتضمنه .

ومن هنا تقسم هذا الفرع الى باين :

- الباب الأول - فى مدى سريان القاعدة القانونية .
- الباب الثانى - فى تفسير القاعدة القانونية .



## الباب الأول

### مدى سريان القاعدة القانونية

#### ١٧٦ - تمهيد وتقسيم

أول ما يعرض عند تطبيق القاعدة القانونية ، هو وجوب تعيين نطاق هذا التطبيق بتحديد المدى الذى يبلغه سريانها •

ومدى سريان القاعدة القانونية انما يتحدد بالنظر الى أمور ثلاثة :  
الأول ، تحديد هذا المدى بالنسبة الى المخاطبين بأحكام القاعدة القانونية ، وذلك بالتساؤل عما اذا كانت هذه القاعدة تسرى فى حق جميع هؤلاء المخاطبين دون استثناء أم يقال بعضهم من الخضوع لأحكامها بدعوى الجهل بها •

الثانى ، تحديد هذا المدى من حيث المكان الذى تسرى فيه القاعدة القانونية ، وذلك بالتساؤل عما اذا كان مكان سريان هذه القاعدة هو الاقليم النافذة فيه أم محل وجود الأشخاص الموضوعات من أجلهم هذه القاعدة سواء كان اقليمهم أو خارجه •

الثالث ، تحديد هذا المدى من حيث الزمان الذى تسرى فيه القاعدة القانونية ، وذلك بالتساؤل عن كيفية وتاريخ انتهاء سريانها، وطريقة حل التنازع الناشئ عن تعاقب القواعد القانونية فى الزمان •  
فنعرض لكل من هذه الأمور فى فصل على حدة •



## الفصل الأول

### مدى سريان القاعدة القانونية في حق المخاطبين بأحكامها

#### ١٧٧ - مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون

إذا تكونت القاعدة القانونية ، فخرجت عن مصدر من المصادر الرسمية التي أسلفنا الإشارة إليها ، فهي تسري في حق المخاطبين بأحكامها دون استثناء ، بمعنى أنها تطبق على كافة من تتوجه إليهم من أشخاص ، فلا يعفى واحد منهم من الخضوع لأحكامها . ويعبر عن ذلك بالمبدأ المعروف : « لا يفترض في أحد الجهل بالقانون » ( Nul n'est censé ignorer la loi ) ؛ أي لا عذر بجهل القانون ، فلا يقبل من أي كان الاحتجاج بجهله حكم قاعدة قانونية ليفلت من انطباقها عليه وسريانها في حقه . فجهل القاعدة القانونية لا يصلح اذن عذرا يمنع أو يعفى من انطباق القاعدة القانونية على أحد ، فهي تسري في حق جميع المخاطبين بأحكامها ، من علم بها ومن جهلها على السواء .

---

(١) راجع في ذلك :

Dereux , Etude critique de l'usage « nul n'est censé ignorer la loi » , Revue trimestrielle de droit civil, t. VIII, 1907, pp. 513 - 554. — Aubry et Rau, Cours de droit civil français, par Bartin, t. I, 6e éd., § 28. — Haesaert, op. cit., pp. 180 - 185. — Marty et Raynaud, op. cit. No. 97.

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ١٣٣ . — عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ١٠٢ و ١٠٣ . — سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٨٧ و ٨٨ . — محمد علي امام المرجع السابق ، فقرة ١٠٢ . — محمد علي عرفة ، المرجع السابق ، ص ٧٥ . — ٧٧ . — محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، فقرة ٣٩ .



### ١٧٨ - أساس مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون

يؤسس بعض الفقهاء مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون على أساس وجود قرينة على علم الأفراد به «١». ولكن مثل هذا الأساس غير مقبول ، اذ القرائن القانونية — كما سبق البيان — الما تقوم على حمل الأمر المشكوك فيه محمل الغالب والمألوف في العمل بشأنه «٢» ؛ وليس الغالب في العمل ولا المألوف فيه هو علم الأفراد بالقواعد القانونية ، بل الغالب هو جهلهم بها . ولذلك لا يمكن اعتبار مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون قرينة على العلم به .

ولعل قواعد العدل هي خير ما يؤسس عليه هذا المبدأ . فالعدل الخاص يتطلب المساواة التامة في معاملة المخاطبين بأحكام القواعد القانونية ، فلا يفرق بينهم في وجوب الخضوع لها ، أو يعفى بعضهم من التقيد بها . وهذه المساواة أمام القانون تحقق كذلك العدل العام والصالح العام بما تؤكد من سيادة النظام والقانون في المجتمع ، اذ لو أتيح الاعتذار بجهل القانون للافلات من أحكامه ، لما أتيح حينئذ تطبيق القانون الا في القليل النادر حيث يعلم الناس بأحكامه ، واذن لسادت الفوضى وضاع الأمن وتقوض النظام في المجتمع . فضلا عن أن قبول الاحتجاج بجهل القاعدة القانونية فيه نفى لصفة الالتزام عنها ، اذ يجعل مناط الزامها هو توافر العلم بها ، بينما القاعدة القانونية تتميز قبل كل شيء بما لها من الزام ذاتي ينبعث منها ومن وجودها هي لا من عامل خارجي عنها كالعلم بها «٣» . والواقع أن القاعدة القانونية — بما تقرر من الزام بمضمونها — تنطوي كذلك على معنى الالتزام بالعلم بها من وقت نفاذها .

---

(١) المراجع العربية السابقة .

(٢) راجع سابقا ، فقرة ١١ .

(٣) قرب من ذلك :

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 12. — Decottignies, L'erreur de droit, Revue Trimestrielle de droit civil, 50e année, 1951, p. 309.



## ١٧٩ - مدى مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون

**اطلاق هذا المبدأ بالنسبة الى القواعد القانونية على اختلاف مصادرها:** سبق البيان عند تفصيل القول في التشريع أن نشره في الجريدة الرسمية وفوات الميعاد الذي يبدأ منه نفاذه ، يفترض معه علم الكافة بأحكامه ، فلا يقبل اعتذار أحد بجهلها .

ولكن مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون ليس قاصرا على التشريع ، بل هو ينسحب كذلك على كل القواعد القانونية أيا كان مصدرها الرسمي . فالقواعد العرفية والقواعد الدينية يتمتع الاعتذار بجهلها ، كما يتمتع الاعتذار بجهل القواعد التشريعية سواء بسواء . بل لقد قلنا في صدد الكلام عن العرف ان من بين نتائج تميزه عن العادة ، أن العادة يجوز الاحتجاج بجهلها - لأنه لا الزام لها الا بإرادة المتعاقدين ، وجهل أحدهما أو كليهما بها يمنع من وجود هذه الإرادة - بينما العرف - باعتباره قاعدة قانونية - لا يجوز الاحتجاج بجهله للافلات من الخضوع لحكمه «١» .

**اطلاق هذا المبدأ بالنسبة الى القواعد الآمرة والقواعد المفسرة أو المكملة على السواء:** يقصر أغلب الفقهاء العمل بمبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون على القواعد القانونية الآمرة أى على القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب دون القواعد المفسرة أو المكملة «٢» . بل ان منهم من يقصر

(١) انظر سابقا ، ص ٣٤٠ و ٣٤١ .

(٢) في هذا المعنى :

Baudry - Lacantinerie et Barde, Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations, t. I, No. 69, p. 109. — Demogue, Traité des obligations en général, t. I, No. 246. — Ploniol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. VI, obligations, par Esmein, 2e éd., 1952, No. 181.

عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، ١٩٣٤ ، فقرة ٣٧٣ ؛ الوسيط ، الجزء الأول ، فقرة ١٧٤ . — عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ١٣٣ . — حلمي بهجت بدوي ، اصول الالتزامات ، الكتاب الاول في نظرية العقد ، ١٩٤٣ ، فقرة ١٢٣ . محمد علي عرفة ، المرجع السابق ، ص ٧٦ .



العمل به على البعض فقط من القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام والآداب ، كالقوانين الجنائية خاصة « ١ » ؛ أما ما عداها من بقية القواعد

(١) سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٨٨ .  
وانظر كذلك في هذا المعنى ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد من أن نطاق قاعدة افتراض عدم الجهل بالقانون « لا يتناول الا القوانين المتعلقة بالنظام العام ، وعلى وجه الخصوص ما تعلق منها بالمسائل الجنائية . . . » ( مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ٢ ، ص ١٥٩ ) .

وقد كان من نتيجة الحد من مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون على هذا النحو ، أن ذهب القضاء الجنائي الفرنسي الى أن الجهل بأحكام القانون الجنائي هو وحده الذي لا ينهض عدرا للمتهم ، بينما الجهل بحكم قانون آخر غير القانون الجنائي - تكون العقوبة مؤسسة عليه - ينهض عدرا للمتهم فيرفع عنه المسؤولية الجنائية . ولذلك قضى بعدم عقاب من عثر على كنز في أرض الغير فاستولى عليه كله لنفسه جاهلا حكم القانون الفرنسي من تملكه نصفه ومالك الأرض النصف الآخر ، وأنه بذلك يكون مختلسا نصيب هذا الآخر (Donnedieu et Vabres, Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, 3e éd., 1947, No. 139).

واذا كان الفقه ( 2 ) De Vabres, op. cit., p. 86. note (2) — السعيد مصطفى السعيد ، الأحكام العامة في قانون العقوبات ، ١٩٥٢ ، ص ٣٨٧ ) ينتقد بحق مبدأ هذه التفرقة بين القوانين الجنائية وغيرها في قبول الاعتذار بجهل الثانية دون الاولى لأنه لا سند لها اذ القوانين جميعا سواء في وجوب امتناع الاعتذار بجهلها ؛ الا انه ينبغي ان يراعى أن أكثر الجرائم الجنائية تتطلب قصدا جنائيا لارتكابها ، وقد يتخلف هذا القصد نتيجة جهل بحكم بعض القوانين الأخرى غير القانون الجنائي ، حينئذ يمتنع العقاب وترتفع المسؤولية الجنائية ، لا لأن الجهل ببعض القوانين عذر مقبول ، ولكن لأن القصد الجنائي - وهو ركن من أركان الجريمة - منتف . فجريمة السرقة مثلا تتطلب قصدا جنائيا معينا يقوم على علم الجاني بأنه يختلس مال غيره ، وفي المثل المتقدم كان مثل هذا القصد متخلفا نتيجة عدم العلم بملكية مالك الأرض نصف الكنز طبقا لأحكام القانون المدني الفرنسي ، ولذلك كان القضاء الفرنسي على حق فيما قضى به من ارتفاع المسؤولية الجنائية وامتناع العقاب ( انظر مع ذلك حكما عكسيا في مصر في قضية مشابهة ، نقض ٣ يونيو ١٩١١ ، مشار إليه في : السعيد مصطفى السعيد ، المرجع السابق ، ص ٣٨٦ ) . ولكن من الواضح أن الجهل بأحكام قانون العقوبات نفسه ، لا يتخلف به القصد =



الأمر: وكل القواعد المقررة أو المكملة ، فيجوز عندهم الاعتذار بجهلها .  
ولمنا نرى ما يبرر هذه التفرقة ، اذا ما دامت القاعدة القانونية  
قاعدة ملزمة ، فلا ينبغي الاحتجاج بجهلها للافلات من الخضوع لحكمها ،  
لأن الالتزام بمضمونها ينطوي على معنى الالتزام بالعلم بهذا المضمون كما  
سبقت الإشارة . وغنى عن البيان أن صفة الالتزام متوافرة للقواعد

== الجنائي أو ركان من أركان الجريمة ، حتى يقال بامتناع العقاب كما في الحالة  
السابقة ، « ذلك لأن قانون العقوبات لا يدخل في أركان الجريمة حتى يلزم  
انصراف علم الجاني اليه ، وانما هو مصدر الجريمة أو خالقها ، والخالق  
لا يكون عنصرا في المخلوق » ( محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ،  
القسم العام ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٥ ، ص ١٢٠ ) .

فالامر اذن ليس أمر تفريق بين القوانين الجنائية وغيرها من القوانين  
لقبول الاعتذار بجهل الثانية دون الاولى ، وانما هو أمر توافر أو تخلف أركان  
الجريمة ، فحيث يتخلف ركن من أركانها ، ترتفع المسؤولية الجنائية ويمتنع  
العقاب ، ولو كان هذا التخلف نتيجة الجهل بحكم قانون آخر غير قانون  
العقوبات . فالجهل بحكم هذا القانون لا يؤخذ اذن في ذاته على أنه « غلط في  
القانون » ، وانما يؤخذ فيما ولده من اعتقاد خاطيء ناف للقصد الجنائي  
فيكون غلطا في الواقع وجهلا بواقعة تعد ركنا من أركان الجريمة .

وهذا ما بصرت به محكمة النقض المصرية ، حين قضت بأنه « متى كانت  
الواقعة الثابتة بالحكم هي أن المتهمين — حين كانوا يباشرون عقد النكاح وهو  
عمل مشروع بذاته — قرروا بسلامة نية أمام المأذون وهو يشبه لهم عدم  
وجود مانع من موافقه ، وكانوا في الواقع يجهلون وجود ذلك المانع ( لتحريم  
الجمع بين المرأة وخالتها في عصمة زوج واحد ) ، فان جهلهم — والحالة هذه —  
لم يكن عدم علم بقانون العقوبات ، بل جهل بواقعة حال هي ركن من أركان  
جريمة التزوير المرفوعة بها الدعوى يرجع الى عدم علمهم بحكم من أحكام  
قانون آخر غير قانون العقوبات وهو قانون الأحوال الشخصية ، فهو خليط  
مركب من جهل بالواقع ومن عدم علم بحكم ليس من أحكام قانون العقوبات ،  
مما يجب قانونا — في صدد المساءلة الجنائية — اعتباره في جملته جهلا بالواقع  
ومعاملة المتهمين بمقتضاه على هذا الاعتبار » ( نقض ١٠ مايو ١٩٤٣ ،  
مجموعة عمر الجنائية ، ج ٦ رقم ١٨١ ، ص ٢٤٧ ) .



الآمرة وللقواعد المفسرة أو المكملة على السواء ، فالعلم بها يكون واجبا لا يمكن التحلل منه بالنسبة اليها جميعا دون تفريق .

X فضلا عن أن القول بإباحة الاعتذار بجهل القواعد المفسرة أو المكملة لا يستقيم مع طبيعة هذه القواعد من كونها لا تطبق الا في حال سكوت المتعاقدين عن مخالفتها ؛ اذ قد يكون سكوتهما عن جهل منهما بأحكامها ، ومع ذلك تلزمهما هذه الأحكام ، لأنه بهذا السكوت يتحقق شرط انطباقها في حقهما . فلو قيل بإمكان الاعتذار بجهل القواعد المفسرة أو المكملة ، لما وجدت هذه القواعد اذن مجالا كبيرا للتطبيق ، لأنها لا تطبق الا عند سكوت المتعاقدين عن مخالفتها ، فيستطيع من له مصلحة منهما في عدم تطبيقها أن يدفع بجهله بأحكامها ويفسر السكوت على هذا الأساس . وحينئذ نوجد أمام فراغ ما وجدت القواعد المكملة الا لسده ، اذ لا توجد ارادة للمتعاقدين من ناحية ، ويمتنع تطبيق القواعد المفسرة أو المكملة من ناحية أخرى .

**« الغلط في القانون » الذي يخول — بسبب عيب الرضا — حق ابطال العقد ، ليس استثناء من مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » :** يذهب بعض الفقهاء ، الى أن ثم استثناء يرد على مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » ، هو امكان ابطال العقد نتيجة ما وقع فيه أحد المتعاقدين من

---

= وهذا الحكم واجب التأييد ( انظر مع ذلك في انتقاده : السعيد مصطفى السعيد ، المرجع السابق ، ص ٣٨٧ ) على أساس ما قدمناه من أن حقيقة الأمر أن الجهل هنا هو جهل بالواقع — رغم تولده من جهل بالقانون — وأن هذا الجهل ينفي وجود القصد الجنائي ، فلا تتوافر الجريمة لتخلف هذا القصد وهو ركن من أركانها . وقد كان الحكم المطعون فيه في هذه القضية صريحا في ذلك ، اذ قرر أنه حيث أن من الثابت « أن الزوجين ، اذ أقدا على الزواج ، لم يكونا عالين بتحريم الجمع بين المرأة وابنة اختها شأنهما في ذلك شأن شاهدي العقد . . . وحيث أنه وقد انتفى القصد الجنائي لما تقدم بيانه ، تكون التهمة على غير أساس ويتعين براءة المتهمين منها » ( مجموعة مسر الجنائية ، ج ٦ ، الموضع السابق ) .



« غلط في القانون » « ١ » ، اذ تنص المادة ١٢٢ من التقنين المدني على أن « يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون ، اذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين السابقتين » « ٢ » ، هذا ما لم يقض القانون بغيره « ٣ » . فقد ظنوا أن في اجازة ابطال العقد لما وقع فيه المتعاقد من غلط في القانون ، خروجاً على مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » بقبول مثل هذا الاعتذار « ٤ » . فالوارث مثلاً الذي يبيع حصته في التركة

(١) في هذا المعنى :

Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. I, 12e éd. 1935, No. 238.

محمد كامل مرسى ، شرح القانون المدني الجديد ، الباب التمهيدي ، ١٩٥٤ ، فقرة ٢٦ ، ص ٤٦ .

(٢) تقضى المادة ١٢٠ بأنه « اذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له ان يطلب ابطال العقد ، ان كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط ، او كان على علم به ، او كان من السهل عليه ان يتبينه » . وتنص المادة ١٢١ على ما يأتي : « (١) يكون الغلط جوهرياً اذا بلغ حداً من الجسامه بحيث يمتنع معه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط . (٢) ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص : (١) اذا وقع في صفة للشئ تكون جوهريه في اعتبار المتعاقدين ، او يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية (ب) اذا وقع في ذات المتعاقد او في صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات او هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد » .

(٣) تنص المادة ٥٥٦ من التقنين المدني على أنه « لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون » .

(٤) ويبرر بعض الفقهاء هذا الخروج على مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » بأن نطاق تطبيق هذا المبدأ يجب أن يقتصر على الأحكام القانونية المتعلقة بالنظام العام وحدها . أما اذا كان الجهل أو الغلط وارداً على قاعدة قانونية غير متعلقة بالنظام العام ، فيمكن الاحتجاج به والتمسك به لطلب ابطال العقد الذي أبرم نتيجة هذا الغلط ( انظر :

Baudry-Lacantinerie et Barde, op. cit., No. 69, p. 109 — Demogue, op. cit. t. I, No. 246, p. 405.

عبد الرزاق السنهوري : نظرية العقد ، فقرة ٣٧٣ ، الوسيط ، الجزء الاول ، فقرة ١٧٤ ، ص ٣٠٦ و ٣٠٧ . — محمد علي عرفة ، المرجع السابق ، ص ٧٦ ) .

ولكن الأمثلة التي تضرب في هذا الصدد ويجوز فيها ابطال العقد لغلط في القانون ، يرد الغلط في أغلبها على قواعد أمرة متعلقة بالنظام العام =



على اعتقاد أنها الربع في حين أن له نصف التركة طبقاً لقواعد الميراث ، يكون له حق ابطال عقد البيع للغلط الذي شاب ارادته في قدر الشيء المباع . والرجل الذي يهب مطلقته مالا ظاناً أنه استردها لعصته فعادت زوجة له ، وهو يجهل بذلك أن الطلاق الرجعى قد أصبح بائناً بالتهاء مدة العدة فلا ترجع الى عصته الا بعقد زواج جديد ، يكون له طلب ابطال الهبة على أساس الغلط الذي وقع فيه بشأن صفة جوهرية جديدة في شخص الموهوب لها .

والواقع أن هذه الظن خاطيء ، فليس في ابطال العقد لغلط في القانون أى استثناء من مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » أو خروج عليه .

ذلك أن مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » انما يعنى أنه لا يمكن منع تطبيق القانون بحجة الجهل به ، فهو يطبق على الجميع دون تفریق أى حتى على من يجهله . وبعبارة أخرى ، فالمقصود بهذا المبدأ الدلالة على أنه حيث يجب تطبيق قاعدة معينة ، فلا يمكن منع انطباقها على من يجب سريانها في حقه بحجة جهله بأحكامها « ١ » .

وما دام هذا هو مضمون المبدأ ومعناه ، فالاستثناء منه لا يتصور

== ( انظر في هذه الامثلة خاصة : Demogue, op. cit., No. 246, p. 406 . — عبد الرزاق السنهورى ، نظرية العقد ، فقرة ٣٧٤ ) .

وامام هذا التناقض حاول بعض الفقهاء دفعه عن طريق الحد من فكرة النظام العام في هذا المجال ، بالقول بأن فكرة « النظام العام التى تقضى برفض الاعتذار بجهل القانون ، فكرة ضيقة جداً حتى تكاد أن لا تشمل على غير القوانين الجنائية والقوانين التى تنظم السلطات العامة والقوانين التى تفرض التزامات أو تحدد مواعيد معينة لمباشرة بعض الاجراءات أو استعمال بعض الحقوق » ( سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٨٨ ، ص ١١٨ ) . وهذا الحد من فكرة النظام العام في هذا المجال مع استعصاء وضع معيار دقيق منضبط له كما هو ظاهر من هذا القول ، يكشف عن عدم احكام الراى القائل بالفرقة بين القواعد القانونية من حيث مدى قبول الاعتذار بجهلها، ويؤكد ما سبق أن قلناه من أن مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » مبدأ عام ينصرف الى القواعد الآمرة والقواعد المفسرة أو المكملة على السواء . (١) فى هذا المعنى :

Ripert et Boulanger, Traité élémentaire de droit civil de M. Planiol, t. II, 2e éd., 1947, No. 206.



اذن الا باعفاء من يجهل حكم قاعدة قانونية معينة من واجب الخضوع لها ، أى بمنع سريانها عليه . ومن هنا ، لا يكون فى اعطاء المتعاقد الواقع فى غلط فى القانون حق طلب ابطال العقد الذى اندفع الى ابرامه تحت تأثير الغلط ، أى استثناء أو خروج على مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » الا اذا كان فى هذا الابطال منع لسريان القاعدة القانونية الوارد عليها الغلط فى حق المتعاقد الواقع فى الغلط بشأنها . وليس الحال كذلك فى الأمثلة التى يضربونها .

فالوارث الذى يجهل قواعد الميراث ويقع فى غلط فى قدر الحصة التى تفرضها له ، ثم يطلب ابطال عقد البيع الذى اندفع الى ابرامه تحت تأثير هذا الغلط ، لا يتوصل بالحصول على الابطال الى منع سريان قواعد الميراث فى حقه ، فهى تظل سارية فى حقه رغم جهله بأحكامها . ولولا أن هذه القواعد تعتبر سارية فى حقه فىكون له نصف التركة ، لما دعا الأمر الى تمكينه من ابطال بيع حصته الذى اندفع اليه على اعتقاد أنها الربع فقط .

والرجل الذى يهب مطلقة مالا فلانا أنها عادت الى عصمته زوجة له غلطا منه فى أحكام الطلاق ، ثم يطلب ابطال الهبة بعد اكتشاف الغلط ، لا ينجو بهذا الابطال من سريان قواعد الطلاق فى حقه ، فهى ملزمة له رغم جهله بها ، مما يظل الطلاق معه قائما وبائنا بحيث لا يملك استرداد مطلقة الى عصمته الا بعقد جديد . ولولا أن هذه القواعد تظل سارية فى حقه فلا تعتبر مطلقة عادت زوجة له ، لما كانت هناك حكمة من اعطائه حق طلب ابطال الهبة التى اندفع اليها تحت تأثير ظنه الخطأ أنها تنصرف الى زوجته لا الى مطلقة .

وما دام تمكين المتعاقد من حق ابطال العقد فى مثل هذه الفروض لا يحمل أى خروج على مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » فهو ما على وجه الصحيح ، فإن هذا الابطال هو المتفق — فضلا عن ذلك —



مع ما يجب لصحة العقود من تنزه الرضا فيها عن العيوب ومن بينها عيب الغلط . فالأمر اذن هو أمر سلامة الرضا وصحته ، لا أمر منع تطبيق قاعدة قانونية بحجة الجهل بأحكامها .

**استثناء وحيد من مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » :** يخلص مما تقدم أن مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » مبدأ مطلق ، يصدق — فيما نرى — في حق القواعد القانونية على اختلاف مصادرها الرسمية ، وعلى تفاوت مدى سلطان ارادة الأفراد ازاءها أى سواء كانت أمرة أو كانت مفسرة أو مكملية ؛ ولا يعتبر ابطال العقد لغلط في القانون استثناء من هذا المبدأ .

ولا يرد على هذا المبدأ من استثناءات الا استثناء حقيقى واحد ، اذ يقرر جمهور الفقهاء جواز الاعتذار بجهل القانون في حال قيام قوة قاهرة — كفيضان أو احتلال أجنبى — تعزل بعض المناطق في الدولة عزلا تاما يستحيل معه وصول الجريدة الرسمية اليها . وأيا كان الرأى في هذا الاستثناء وتبريره ، فهو من ناحية نادرة التحقق اليوم ، وهو من ناحية أخرى قاصر على القواعد التشريعية اذ هى وحدها التى تنشر في الجريدة الرسمية وتعتبر معلومة للناس بهذا النشر .



## الفصل الثاني

### مدى سريان القاعدة القانونية في المكان

#### ١٨٠ - مشكلة السريان المكاني

إذا وقفنا على أن القاعدة القانونية تتوجه الى جميع المخاطبين بأحكامها دون استثناء ، فلا يتمتع سريانها في حق أحدهم بحجة الجهل بها ، فيبقى بعد ذلك أن نحدد المدى المكاني لهذا السريان .

وتحديد المدى المكاني لسريان القاعدة القانونية لا يشير أى صعب في نطاق جماعة منعزلة لا يوجد في اقليمها الا المنتمون اليها دون الأجانب ، ولا يوجد أحد من المنتمين اليها خارج اقليمها ، ولا تقوم علاقات بين المنتمين اليها وبين الأجانب ؛ اذ يسرى حينئذ قانون هذه الجماعة وحده في حدود اقليمها دون أن ينازعه في السريان أى قانون آخر .

غير أن مثل هذا الفرض لم يعد اليوم الا فرضا وهميا يكاد يستحيل تحقيقه في العمل ، أمام انتشار المدنية وازدياد العلاقات بين الأفراد من مختلف الدول ، بل ووجود طائفة من الأجانب في اقليم كل دولة . فحينئذ يقوم التساؤل عما اذا كان قانون الدولة يسرى في كل اقليمها بحيث يكون له مطلق السلطان في حق الوطنيين والأجانب المقيمين في هذا الاقليم على السواء ، أم يقتصر سلطانه وسريانه على الوطنيين وحدهم فلا يمتد الى الأجانب الذين يظلون خاضعين لقوانين دولهم ؟ . وكذلك يقوم التساؤل عما اذا كان قانون الدولة يسرى في حق الوطنيين المقيمين خارج الاقليم فيتبعهم في أى مكان يوجدون ، أم يقف سلطانه وسريانه عند حدود الاقليم فلا يمتد اليهم والما يسرى عليهم قانون الدولة المقيمين أو الموجودين فيها ؟



والاجابة على هذا التساؤل تتراوح كما هو واضح بين مبدأين :  
مبدأ الاقليمية حيث يتحدد سريان القانون باقليم الدولة النافذ فيها دون  
نظر الى جنسية الأشخاص المقيمين فيه ؛ ومبدأ الشخصية حيث يتحدد  
سريان القانون بجنسية الأشخاص التابعين للدولة النافذ فيها دون نظر  
الى مكان وجودهم هل هو داخل اقليم الدولة أو خارجه .

#### ١٨١ - مبدأ الاقليمية ومبدأ الشخصية في سريان القاعدة القانونية (١) :

قلنا ان سريان القاعدة القانونية اما سريان اقليمى واما سريان  
شخصى . أما السريان الاقليمى للقاعدة القانونية وهو ما يعبر عنه بمبدأ  
اقليمية القانون ( Territorialité de la loi ) ، فيقصد به من ناحية سريان  
القاعدة القانونية على كل ما يقع داخل حدود الاقليم وعلى كل  
الأشخاص الموجودين فيه ، ويقصد به من ناحية أخرى عدم سريانها على  
كل ما يقع خارج حدود هذا الاقليم . فاذا قلنا مثلا ان القانون المصرى  
اقليمى التطبيق أو السريان ، فمعنى ذلك أنه هو وحده الذى يسرى على  
كل ما يقع فى أرض مصر وعلى كل المقيمين فيها ، مصريين كانوا أو أجانب؛  
وأنه لا يسرى على ما يقع خارج حدود مصر ، ولا يسرى على الأشخاص  
المقيمين خارج مصر ولو كانوا مصريين .

وأما السريان الشخصى للقاعدة القانونية ، وهو ما يعبر عنه بمبدأ  
شخصية القانون ( Personnalité de la loi ) ، فيعنى سريان القاعدة القانونية  
في دولة معينة على الأشخاص التابعين لها ، حتى ولو كانوا خارج حدود  
(١) انظر فى ذلك :

Battifol, Traité élémentaire de droit international privé, 1948, No. 9 et s.

حامد زكى ، المرجع السابق ، فقرة ٦٩ وما بعدها . - محمد عبد المنعم  
رياض ، المرجع السابق ، فقرة ٣١٢ وما بعدها . - عبد الرزاق السنهورى  
وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ٢٠١ وما بعدها . -  
سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١١١ وما بعدها . - محمد على  
امام ، المرجع السابق ، فقرة ١٥٠ وما بعدها . - عبد الفتاح عبد الباقي ،  
المرجع السابق ، فقرة ١٦٤ وما بعدها .



اقليمها • وعدم سريانها على الأجانب حتى ولو كانوا مقيمين في اقليمها •  
فاذا قلنا مثلا ان القانون المصرى شخصى التطبيق أو السريان ، فمعنى ذلك أنه يطبق على المصريين وحدهم حتى ولو كانوا خارج مصر ، وأنه لا يطبق على الأجانب حتى ولو كانوا موجودين في مصر •

والواقع أن مبدأ اقلية القانون يقوم على أساس ما للدولة من سيادة في اقليمها ، مما يعد معه تطبيق قوانين الدول الأخرى على ما يقع في اقليمها هي ، اعتداء على سيادتها • وأما مبدأ شخصية القانون فيقوم على أساس ما للدولة من سيادة على رعاياها حيثما وجدوا ، نظرا لما يربطهم بها من رابطة لا تنقيد أو تتحدد بمكان معين •

وقد تفاوت منذ القدم الأخذ بكل من مبدأى الاقليمية والشخصية في تطبيق القانون • فكان مبدأ التطبيق الاقليمى هو السائد عند الرومان ، اذ كان القانون الرومانى يطبق داخل الامبراطورية الرومانية ، وان لم تكن اقليميته كاملة لأنه لم يكن بالقانون الموحد ، بل كان قسمين : قسم يسرى على الرومان وقسم يسرى على الأجانب • وكذلك كان فقهاء الشريعة الاسلامية يجرون على مبدأ اقلية سريانها ، بنصهم على أن أحكامها تتوجه الى جميع القاطنين في دار الاسلام : مسلمين وغير مسلمين ، وذلك في غير مسائل العبادات ، أى في كل مسائل « المعاملات » التى كان ينصرف اصطلاحها عندهم الى الأحوال العينية والأحوال الشخصية على السواء « ١ » •

ثم تحول الأمر الى التطبيق الشخصى للقانون عندما غزا البربر الامبراطورية الرومانية ، فأصبح كل شخص يخضع لقانونه الخاص • وكان طبيعيا في العصور الوسطى — والنظام الاقطاعى سائد ، والأرض هي أساس سيادة أمراء الاقطاع — أن يعود تطبيق القانون اقليميا • ثم

---

(١) حسن بغدادى ، المقالة السابقة ، ص ٦٤٤ — ٦٤٦ •



أدى انتشار التجارة الدولية ونمو العلاقات بين مختلف الدول والجماعات ، الى الخروج على مبدأ اقليمية القانون في بعض الحالات ، فأصبحت القاعدة هي اقليمية القانون ، والاستثناء هو شخصيته . ولكن وجدت في منتصف القرن الماضي نظرية ايطالية تعكس الوضع في تطبيق القانون ، فتجعل القاعدة هي شخصيته ، والاستثناء هو اقليميته . وعلى أى حال فالفرق العملى بين الوضعين ليس كبيرا .

### ١٨٢ - مدى السريان المكاني للقانون المصرى

يطبق القانون المصرى فى الأصل تطبيقا اقليميا ؛ ولكن هذا الأصل ليس مطلقا ، اذ تحد منه بعض استثناءات معينة .

#### اولا - مبدأ اقليمية القانون المصرى :

المبدأ العام اليوم هو اقليمية تطبيق القانون المصرى استنادا الى ما للدولة المصرية من سيادة على اقليمها . فالأصل اذن هو وجوب تطبيق القواعد القانونية المصرية على كل الموجودين فى مصر دون اعتبار لاختلاف جنسياتهم ، وعدم تطبيقها خارج مصر ولو على المصريين . ورغم ذلك فلم يتح للقانون المصرى أن يطبق دائما تطبيقا اقليميا كاملا ، اذ التطبيق الاقليمى الكامل يقتضى وحدة القانون المصرى المطبق داخل حدود مصر ، ووحدة الهيئة القضائية التى تطبق هذا القانون . وقد كانت هذه الوحدة فى القانون وفى الهيئة القضائية مهددة بين المصريين والأجانب بسبب وجود الامتيازات الأجنبية التى لم تلغ الا سنة ١٩٤٩ . وما زالت هذه الوحدة مهددة بين المصريين أنفسهم بسبب وجود الامتيازات الطائفية ، وما تستتبع من خضوع كل مصرى - فى بعض مسائل الأحوال الشخصية - لقانون ملته ودينه .

**الامتيازات الأجنبية :** كانت الامتيازات الأجنبية تحد من تطبيق القانون المصرى داخل حدود مصر ، اذ كان الأجانب حتى أوائل الربع الأخير من القرن الماضى يخضعون فى مصر لقوانين بلادهم ولاختصاص محاكمهم



القنصلية ، فكان القانون المصرى — وهو حينئذ الشريعة الاسلامية — مطبقا على المصريين وحدهم ، أى كان تطبيقه تطبيقا شخصيا . ثم أنشئت المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٥ — وهى محاكم مصرية — ووضعت لها تقنيات عدة عرفت باسم التقنيات المختلطة لتطبيقها على الأجانب ، وهى تقنيات مصرية كذلك . فأصبح القانون المصرى هو السائد وحده داخل حدود مصر بالنسبة للمصريين والأجانب جميعا ، أى أصبح القانون المصرى مطبقا تطبيقا اقليميا . غير أن هذا التطبيق الاقليمى لم يكن كاملا ، اذ رغم أن القانون المصرى أى القانون المستند الى السيادة المصرية كان يطبق على الجميع فى أرض مصر ، الا أنه لم يكن متوحدا ، بل كان منشطرا شطرين : شطر يحكم المصريين ، وشرط يحكم الأجانب . وكذلك كانت الحال بالنسبة الى القضاء ، فلئن كان القضاء كله مصرية أى مستندا الى السيادة المصرية ، يصدر أحكامه باسمها ، الا أنه لم يكن كذلك متوحدا ، اذ وجدت هيتان قضائيتان مستقلتان تحكم كل منها باسم مصر ، احداها لها الولاية على المصريين فى منازعاتهم وهى المحاكم الأهلية ، والأخرى لها الولاية على الأجانب وهى المحاكم المختلطة .

ثم كان أن نهضت مصر فمهدت لالغاء الامتيازات الأجنبية باتفاقية « مترو » التى عقدها مع الدول صاحبات الامتياز سنة ١٩٣٧ . فلما انقضت فترة الانتقال المنصوص عليها فى هذه الاتفاقية ، ابتداء منذ ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ عهد جديد زال فيه كل أثر للامتيازات الأجنبية ، فتوحد القانون المصرى والهيئة القضائية المصرية بالنسبة لكل المقيمين فى مصر ، مصريين أو أجانب . وبذلك أصبح القانون المصرى مطبقا تطبيقا اقليميا كاملا من هذه الناحية .

**الامتيازات الطائفية :** ما زالت الامتيازات الطائفية الممنوحة الى غير المسلمين فى بعض مسائل أحوالهم الشخصية تقف عقبة فى سبيل تطبيق القانون المصرى تطبيقا اقليميا كاملا على المصريين أنفسهم .



والواقع من الأمر أن الشريعة الإسلامية — وهى الشريعة ذات الولاية العامة فى مصر منذ الفتح الإسلامى حتى أواخر القرن الماضى — كانت شريعة اقليمية التطبيق فى نظر فقهاءها كما سبق البيان «١» ، أى كانت تنصرف أحكامها الى الموجودين فى دار الإسلام ، مسلمين وغير مسلمين • غير أن بعض فقهاء المذاهب الفقهية الإسلامية وعلى الأخص فقهاء المذهب الحنفى ، قد جروا — تمكينا لحرية العقيدة عند غير المسلمين — على اخراج بعض النظم والروابط القانونية من نطاق المعاملات والحاكمات فى الحكم بالعبادات ، نظرا الى مالها من اتصال وثيق بالعبادة والعقيدة «٢» ، ومن هنا كان اعفاء غير المسلمين من الخضوع لأحكام الشريعة الإسلامية فى شأن الزواج وفى شأن تقوم الخمر والخنزير ، فقد أتيح لهم — بشرط اتحاد الملة والدين بين الخصوم — الرجوع فى ذلك الى شرائعهم الدينية • غير أن هذا الرجوع لم يكن رجوع الزام وانما كان مجرد رجوع تحكيم • فكان الخصوم ذوو الملة الواحدة من غير المسلمين يعفون من الخضوع لأحكام الشريعة الإسلامية — فى الحدود المذكورة — اذا تراضوا على الخضوع لشريعتهم المالية واحتكروا فى اعمال حكمها الى بعض أفراد ملتهم «٣» •

وظل الحال كذلك الى أن استولى محمد الفاتح على القسطنطينية ، فأقر المجالس الدينية أو المالية التى كانت موجودة فى الدولة البيزنطية على ما كان لها من اختصاص النظر فى بعض مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بأبناء الملة التابعة لها • ثم عمم هذا الامتياز وبسط على كل الطوائف غير الإسلامية المنتشرة فى أرجاء الامبراطورية العثمانية ومن بينها مصر ، بمقتضى « الخط الهمايونى » الصادر من الباب العالى سنة ١٨٥٦ • وبذلك

---

(١) انظر سابقا ، ص ٣٨٨

(٢) Hassan Boghdadi, thèse précitée, p. 87

(٣) حسن بغدادى ، المقالة السابقة ، ص ٦٤٦ - ٦٤٨ •



ثبت نظام الامتيازات الطائفية الذي يقوم على تمكين غير المسلمين من الخضوع لشرائعهم الدينية في بعض مسائل الأحوال الشخصية «١» .

فأصبحت للشرائع الدينية غير الاسلامية اذن ولاية على المسلمين بمقتضى هذا النظام ؛ وولايتها في هذا الشأن متفاوتة : فهي قد انتهت — كما سبق البيان — الى أن تكون ولاية ملزمة في المسائل التي ترتبط أوثق الارتباط بالعقيدة أى في المسائل المذهبية أو الروحية وهى مسائل الزواج وما يتفرع عليه من نسب وحضانة ونفقة وطلاق وتطليق وتفريق ، وهى مجرد ولاية تحكيمية تتوقف على قبول الخصوم أنفسهم لها وتراضيتهم عليها في مسائل الأحوال الشخصية التي لا تعد بحسب طبيعتها من المسائل الروحية المتصلة بالعقيدة وهى مسائل الارث والوصية .

وبعد صدور التقنيات المصرية الأولى في أوائل الربع الأخير من القرن الماضى ، لم تعد الشريعة الاسلامية هى الشريعة ذات الولاية العامة في كل المسائل ، بل انحصر الزامها واقتصرت ولايتها العامة على نطاق محدود هو نطاق الأحوال الشخصية وظل نظام الامتيازات الطائفية قائما يعطى للشرائع الدينية الأخرى ولاية استثنائية على غير المسلمين في بعض مسائل الأحوال الشخصية كما سبق البيان . وبذلك انتهى الأمر الى تعدد القانون المطبق في هذه المسائل على المصريين بتعدد ملهم ودياناتهم . فالمسلمون يخضعون بشأنها للشريعة الاسلامية ، والمسيحيون للشريعة المسيحية أو القانون الكنسى ، واليهود للشريعة الموسوية .

وكان لا مناص لمقابلة هذا التعدد في القانون المطبق ، من تعدد في جهات القضاء المختصة بالنظر في هذه المسائل : فالمحاكم الشرعية هى المحاكم ذات الاختصاص العام بالنظر في مسائل الأحوال الشخصية ، أى ثبت لها الاختصاص بالنسبة للجميع مسلمين وغير مسلمين بالنظر في كل هذه المسائل ، الا ما يستثنى فيجعل الاختصاص بنظره الى المجالس المليية



والمحاكم أو المجالس المالية المختلفة ، هي صاحبة الاختصاص بالنظر في بعض مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين على التفصيل الذى سبق بيانه ، كل منها بالنسبة الى الخصوم المتحدين فى الملة التابعة لها .

وهذا التعدد فى القانون المطبق وفى جهات القضاء المختصة بالفصل فى مسائل الأحوال الشخصية ، كان تعددا معيبا لأنه ينتقص من الاقليمية الكاملة لتطبيق القانون المصرى بالنسبة الى المصريين . وكان من الواجب — وقد انتهى الأمر الى تحقيق اقليمية القانون المصرى الكاملة بالنسبة الى الأجانب — المبادرة الى تحقيق هذه الاقليمية التحقيق الكامل بالنسبة الى المصريين كذلك ، فيطبق عليهم جميعا قانون واحد فى مسائل الأحوال الشخصية دون اعتبار لاختلاف الملة أو الدين ، ويخضعون بشأنها لاختصاص هيئة قضائية واحدة هى المحاكم العادية ، بحيث يصبح الفصل فى هذه المسائل من اختصاص دائرة من دوائر هذه المحاكم .

واذا كان المشرع المصرى قد انتهى أخيرا الى السير فى طريق تحقيق الاقليمية الكاملة للقانون المصرى ، بما أقدم عليه من الغاء المحاكم الشرعية والمحاكم المالية وتوحيد الاختصاص القضائى بذلك — فى مسائل الأحوال الشخصية — بالنسبة الى المصريين على اختلاف أديانهم ومللهم ؛ فأكبر الظن أنه منته حتما الى بلوغ نهاية الشوط فى هذا الطريق عن قريب ، حينما يحزم أمره على توحيد القواعد القانونية فى كل مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة الى المصريين جميعا مسلمين وغير مسلمين . وليس أمر مثل هذا التوحيد بجديد على المشرع المصرى ، فله خطوات سابقة فى هذا السبيل لا يبقى عليه الا استكمالها .

فقد وحدت قواعد الأهلية والولاية على المال منذ وقت غير قصير بحيث أصبحت التشريعات الصادرة فى شأنها تطبق على المصريين جميعا على اختلاف دياناتهم ومللهم . وكذلك اعتبرت الهبة من مسائل الأحوال العينية ، بعد أن كان التقليد جاريا على اعتبارها من مسائل الأحوال



الشخصية ، ووحلت أحكامها في التقنين المدني الجديد ، فصار سريانها عاما ينتظم كل المصريين دون اعتبار لاختلاف الدين .

وقد صدر في السنوات الأخيرة تشريعان خاصان بالميراث والوصية ، وأحكامهما كقاعدة عامة تتوجه الى المسلمين وغير المسلمين ، غير أنه ظل لغير المسلمين الحق في تحكيم شرائعهم المالية في شأن ما يقوم بينهم من منازعات متعلقة بالميراث والوصية بشرط اتفاق من يعتبرون ورثة في نظر الشريعة الاسلامية على هذا التحكيم ، فوق الشرط الأصلي وهو اتحاد ملة الخصوم . ولما كان من النادر اتفاق من يرثون طبقا للشريعة الاسلامية على تحكيم المجالس المالية ، فقد يكون من المنطق ومواجهة الواقع جعل القانون في مسائل الميراث والوصية اجباريا وواحدا للجميع ، بحيث لا يكون لأحد خيار في تحكيم شريعته الدينية أو المالية في شأنها .

ولا يبقى بعد ذلك الا مسائل الزواج والطلاق وما يتفرع عليها . وليس بعزيز على المشرع المصري أن يوحد بشأنها القانون بالنسبة الى المصريين جميعا ، وأن يجمع في نهاية الأمر كل قواعد الأحوال الشخصية الموحدة في موطنها الطبيعي حتى يصبح التقنين المدني المصري - ككل التقنينات المدنية الحديثة - ضامما بين دفتيه أحكام الأحوال الشخصية الى جنب أحكام الأحوال العينية ، كما أصبحت المحاكم العادية هي صاحبة الولاية على كل المصريين دون تفريق بين مسائل الأحوال الشخصية وبين غيرها من المسائل . فبتحقيق وحدة القانون في كل أنواع العلاقات القانونية بالنسبة الى المصريين جميعا على اختلاف عقائدهم الدينية - بعد تحقيق وحدة الجهة القضائية - تتحقق الوحدة الوطنية في أسس مظاهرها .

وأيا ما كان الأمر ، فإن المبدأ العام هو تطبيق القانون المصري تطبيقا اقليميا ، بحيث يسرى داخل مصر على كل ما يقع فيها من مصريين وأجانب ولا يسرى حتى على المصريين خارج مصر . ولكن هذا المبدأ ليس مطلقا ، إذ ترد عليه بعض استثناءات تحد من تطبيق القانون المصري داخل مصر



أو تمد من تطبيقه الى خارج مصر ، وهو ما نعرض لبيان فيما يلى :

### ثانيا - احوال الخروج الاستثنائى على مبدأ الاقليمية :

(١) أهم ما يرد من استثناء على مبدأ اقليمية القانون المصرى ، هو ذلك الناشئ عن اعمال قواعد القانون الدولى الخاص المصرى أو قواعد الاسناد المصرية . فهذه القواعد - كما سبق البيان - تعين القانون الواجب التطبيق فى العلاقات ذات العنصر الأجنبى . وهى قد تعين قانونا أجنبيا - دون القانون المصرى - فيما يقع فى اقليم مصر ، فيعتبر تطبيق القانون الأجنبى حينئذ خروجاً على قاعدة اقليمية القانون المصرى . فمثلا تنص المادة ١٧ من التقنين المدنى المصرى على أن القانون الواجب التطبيق بشأن الميراث هو قانون المورث ؛ فاذا توفى فرنسى فى مصر ، فالقانون الذى يطبق بشأن تركته هو القانون الفرنسى استثناء من مبدأ الاقليمية الذى كان يوجب تطبيق القانون المصرى . وكذلك يترتب على اعتبار قانون كل من الزوجين هو القانون الواجب التطبيق بشأن الشروط الموضوعية لصحة الزواج - كما تنص المادة ١٢ من التقنين المدنى المصرى - تطبيق القانون الأمريكى مثلا دون القانون المصرى اذا نشأ نزاع بين أمريكىين مقيمين فى مصر بشأن صحة زواجهما .

ومن ناحية أخرى ، فقد يترتب على اعمال قواعد الاسناد تطبيق القانون المصرى - استثناء من مبدأ اقليميته - على ما يقع خارج مصر . فطبقا لقاعدتى الاسناد السابقتين ، يطبق القانون المصرى على تركه المصرى الذى يتوفى ويترك أموالا فى الخارج ، وعلى الزواج الذى يتم بين مصرين فى الخارج من حيث الشروط الموضوعية لصحته .

(٢) وكذلك يرد على مبدأ اقليمية القانون المصرى استثناء ثان خاص ببعض الامتيازات والحقوق العامة أو السياسية ، كحق التوظيف فى الوظائف العامة ، وحق الانتخاب ، وحق الترشيح للهيئات النيابية ؛ وبعض الواجبات والالتزامات الوطنية كواجب الخدمة العسكرية . فمثلا هذه



الحقوق والواجبات — وهى خاصة بالانتماء الى الوطن — لا يتصور أن تسرى القواعد القانونية المقررة لها الا فى حق الوطنيين أى المصريين وحدهم دون الأجانب ، فلا تطبق اذن تطبيقاً اقليمياً •

(٣) أما الاستثناء الثالث الوارد على مبدأ اقليمية القانون المصرى ، فهو الخاص بالعقاب على بعض الجرائم التى ترتكب أو تقع خارج مصر « ١ » • فلئن كانت القاعدة هى اقليمية قانون العقوبات المصرى — كما هى الحال فى أغلب الدول — الا أن من الاعتبارات ما يحتم الخروج على هذه القاعدة فى بعض الحالات : فقد تكون مصر أولى من غيرها من الدول بالعقاب على بعض الجرائم التى ترتكب من أشخاص موجودين فى الخارج — مصريين أو أجانب — اذا كانت هذه الجرائم قد وقعت كلها أو بعضها فى أرضها ( م ٢ / أولاً عقوبات ) • وقد يستلزم الدفاع عن كيان الدولة المصرية اعطاءها حق العقاب على ما يرتكب فى الخارج من جرائم تخل بأمنها ، أو بالثقة فى أوراقها الرسمية عن طريق تزويرها ، أو بالثقة فى نقدها عن طريق تزيفه ( م ٢ / ثانياً عقوبات ) • وكذلك فقد تقضى الضرورة — والدولة المصرية كأغلب الدول لا تسلم رعاياها — بقيامها بالعقاب طبقاً لما يقضى به قانون العقوبات المصرى على ما يرتكبه رعاياها فى الخارج من جرائم اذا عادوا الى مصر تهرباً من العقاب ، حتى لا تكون هذه العودة منجاة لهم منه ( م ٣ عقوبات ) •

ولكن « لا تقام الدعوى العمومية على مرتكب جريمة أو فعل فى الخارج الا من النيابة العمومية ، ولا تجوز اقامتها على من يثبت أن المحاكم الأجنبية برأته مما أسند اليه أو أنها حكمت عليه نهائياً واستوفى عقوبته » ( م ٤ عقوبات ) •

---

(١) انظر : محمد كامل مرسى والسعيد مصطفى السعيد ، المرجع السابق ، ص ١٩٢ وما بعدها •



## الفصل الثالث

### مدى سريان القاعدة القانونية في الزمان

#### ١٨٣ - تقسيم

يثير تحديد مدى سريان القاعدة القانونية في الزمان مسألة انتهاء هذا السريان ، وهو ما يتم بإلغاء القاعدة القانونية . فإذا ألغيت قاعدة قانونية لتحل محلها قاعدة جديدة ، يقوم التنازع بين القاعدتين على حكم الأوضاع والآثار القانونية التي ابتدأت في ظل القاعدة القديمة وما زالت مستمرة في ظل القاعدة الجديدة ، فكيف يحل هذا التنازع وكيف تتحدد ولاية كل من القاعدتين المتعاقبتين في الزمان ؟

على هذا النحو تقسم الكلام في هذا الفصل الى مبحثين :  
المبحث الأول - في إلغاء القاعدة القانونية .  
المبحث الثاني - في التنازع بين القواعد القانونية في الزمان .



## المبحث الاول إلغاء القاعدة القانونية

### ١٨٤ - تمهيد

يقصد بإلغاء القاعدة القانونية «أ» إنهاء سريانها ومنع العمل بها ابتداء من هذا الانهاء . والأصل أن القاعدة القانونية اذا صدرت صحيحة وصارت نافذة ، فهي تظل سارية معمولاً بها حتى يحصل الغاؤها قانوناً .  
ويترتب على إلغاء القاعدة القانونية اما احلال قاعدة قانونية جديدة محلها ، واما الاستغناء عنها بعدم استبدال غيرها بها .

---

(١) تجب التفرقة بين الإلغاء ( L'abrogation ) وبين البطلان أو الإبطال ( L'annulation ) ؛ فهما وإن كانا وسيلتين لاسقاط القاعدة القانونية ، إلا أنهما مختلفان في السبب وفي الآثار على السواء . ذلك أن الإلغاء إنما يرد على قاعدة قانونية مستكملة شرائطها وأركانها الجوهرية ، لا لانكار قيامها من قبل أو الطعن في صحتها ، ولكن لانتهاء العمل بها سواء كان ذلك لعدم الحاجة اليها من بعد أو لاستبدال قاعدة أخرى بها تكون أكثر ملاءمة ؛ ولذلك لا يبتدىء أثر الإلغاء إلا منذ حصوله فلا يكون له أثر على ما تم من تنفيذ القاعدة القانونية قبله . أما البطلان أو الإبطال ، فلا يتأتى إلا نتيجة انتفاء ركن أو شرط جوهري من أركان القاعدة القانونية أو شرائطها بحيث تعتبر منعدمة وكان لم تكن ؛ ومن هنا ، كان الأصل أن لبطلان القاعدة القانونية أو إبطالها أثراً رجعياً . ولذلك يقرر الدستور الجديد أن تشريعات الضرورة التي يصدرها رئيس الجمهورية « يزول ، بأثر رجعي ، ما كان لها من قوة القانون بغير حاجة إلى إصدار قرار بذلك » إذا لم تعرض على مجلس الأمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخها إذا كان المجلس قائماً أو في أول اجتماع له في حالة الحل ( م ١٣٥ ) . ويقرر كذلك مثل هذا الأثر الرجعي في حالة عرضها على مجلس الأمة وعدم إقراره إياها ؛ وإن كان قد حد من صرامة هذا الحكم في هذه الحالة ، بأن جعل للمجلس الحق — إذا أراد — في اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر ( م ١٣٥ ) .



والغاء القاعدة القانونية اما الغاء صريح واما الغاء ضمنى . وقد تعرضت المادة الثانية من التقنين المدنى الجديد لنوعى الالغاء بصدد القواعد التشريعية بقولها « لا يجوز الغاء نص تشريعى الا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الالغاء ، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم ، أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعد ذلك التشريع » .

ولكن الالغاء لا يصدق فى حق القواعد التشريعية وحدها ، بل يصدق فى حق القواعد القانونية جميعا أيا كان مصدرها . وقد عرفت الشريعة الاسلامية خاصة نظرية الالغاء فى شأن قواعد وأحكامها — وهى المعروفة عند الشرعيين بنظرية «النسخ» (١) — وأمسستها على قوله تعالى « ما نسخ من آية أو نساها نأت بخير منها أو مثلها » ؛ ولكن هذا النسخ قد وقف منذ انقضاء الوحي واتقطاع السنة بوفاة الرسول عليه السلام .

فنعرض اذن فيما يلى للالغاء الصريح ثم للالغاء الضمنى .

#### ١٨٥ - الالغاء الصريح

يتحقق الالغاء الصريح (L'abrogation expresse) بصدور قاعدة قانونية جديدة تفصح عن نسخ قاعدة قديمة . ومثله المادة الأولى من القانون الخاص باصدار التقنين المدنى الجديد التى تنص على أن « يلغى القانون المدنى المعمول به أمام المحاكم الوطنية والصادر فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٨٣ ، والقانون المدنى المعمول به أمام المحاكم المختلطة والصادر

---

(١) انظر فى نظرية النسخ فقهاء الاصول وخاصة :

أبو اسحق الشاطبى ، الموافقات فى اصول الشريعة ، شرح الأستاذ عبد الله دراز ، ج ٣ ، ص ١٠٢ - ١١٨ .

وانظر كذلك : محمد الخضرى ، اصول الفقه ، الطبعة الثانية ، ١٩٣٣ ، ص ٣١١ - ٣٣٦ . — عمر عبد الله ، سلم الوصول لعلم الاصول ، الطبعة الاولى ، ١٩٥٦ ، ص ٢٥٣ - ٢٥٦ .



في ٢٨ يونيو سنة ١٨٧٥ ، ويستعاض عنهما بالقانون المدني المرافق لهذا القانون » .

وقد يتحقق الالغاء الصريح كذلك بفوات المدة المعينة لسريان القاعدة القانونية ؛ فقد تدعو ظروف وأحوال خاصة الى توقيت سريان القاعدة القانونية بمدة أو فترة معينة ، فاذا انقضت هذه المدة أو تلك الفترة اعتبرت القاعدة القانونية ملغاة وبطل العمل بها . ومن أمثلة ذلك ما نص عليه في قانون أجور المساكن الصادر سنة ١٩٢١ من أن مفعوله ينتهى في ٣٠ يونيو سنة ١٩٢٢ .

#### ١٨٦ - الالغاء الضمنى (١)

يقصد بالالغاء الضمنى ( L'abrogation tacite ) ذلك الالغاء الذى لا يوجد تصريح به ، وانما يستخلص مجرد استخلاص من استحالة الجمع بين قاعدة قانونية قديمة وقاعدة قانونية جديدة . وقد سبق أن أشرنا الى نص المادة الثانية من التقنين المدلى الجديد وهى تتضمن صورتين للالغاء الضمنى : صورة التعارض بين القديم والجديد ، وصورة تنظيم نفس الموضوع من جديد .

---

(١) قد تثار مشكلة دقيقة فى صدد بعض القوانين التى - تحيل فى سبيل تحديد شروط تطبيقها وآثارها واجراءاتها - الى نصوص موجودة فى قوانين أخرى ، اذا حدث والغيث مثل هذه النصوص . فهل يستتبع الغاء هذه النصوص الغاء القوانين المحلية (Lois référentielles) الغاء ضمينا بالتسلسل ( par ricochet ) ؟ . يبدو أن احالة بعض القوانين الى نصوص قوانين أخرى وتأسيس قواعدها عليها ، يجعل هذه النصوص فى الواقع من صلبها ، فكأنها موجودة فيها هى - بالقدر المحال به اليها - لا فى قوانينها الأصلية . ولذلك يجب فى الأصل أن لا يستتبع الغاؤها فى قوانينها الأصلية اعتبارها ملغاة كذلك فى القوانين التى تحيل اليها ، بل تظل موجودة فيها بالاحالة وكأنها =



## ١ - التعارض بين القديم والجديد :

تتحقق الصورة الأولى من صور الالغاء الضمنى بقيام تعارض بين قواعد قانونية قديمة وقواعد قانونية حديثة ، اذ يفهم ضمنا - وتطبيقها معا مستحيل - أن الأحدث منها قد نسخ وألغى الأقدم . وبديهي أن الالغاء الضمنى فى هذه الصورة لا يكون الا فى حدود التعارض والتنافر بين القواعد القديمة والقواعد الحديثة . فاذا صدر قانونان متعاقبان فى الزمان ومتناقضان فى الأحكام ، اعتبر القانون القديم منسوخا كله نسخا ضمنياً بالقانون الحديث ان كان التعارض بين أحكامهما تاما وكليا ؛ أما ان كان التعارض جزئيا بأن كان واقعا بين بعض أحكامهما فحسب ، فلا ينسحب النسخ أو الالغاء الضمنى منطقا الا على ما ثبت تعارضه من أحكام القانون القديم مع القانون الحديث .

واذا كان النسخ أو الالغاء الضمنى مستخلصا من قيام تعارض بين القواعد القانونية القديمة والقواعد القانونية الحديثة ، فذلك رهن يكون ما تضعه هذه القواعد المتعارضة والمتعاقبة فى الزمان من أحكام ذات صفة واحدة بأن تكون معا أحكاما عامة أو تكون جميعا أحكاما خاصة . ولكن القواعد القانونية لا تتضمن دائما نفس النوع من الأحكام حتى يصدق القول بصفة مطلقة - عند تعارضها - بالغاء قديمها للحديث ، فهى قد تضع أحكاما عامة أو أحكاما خاصة . فهل يملك الخاص الغاء العام ؟ أو يملك العام الغاء الخاص ؟ .

---

= ثابتة فيها بالعبرة . ولكن اذا استحال الاستمرار فى اعتبارها قائمة فى نطاق القوانين التى تحيل اليها ، بأن كانت هذه النصوص تنشئ مثلا مرفقا أو محكمة تكون لازمة لتطبيق هذه القوانين وتقرر الفاؤها ، فلا مناص من انسحاب الالغاء بالتالى على هذه القوانين لاستحالة تطبيقها حينئذ ( انظر : Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 104, pp. 170, 171 )؛ ويجب ان يواجه المشرع الامر ، فيعدل الاحالة بجعلها الى المرفق أو المحكمة الجديدة ان وجدت ، أو الك مرفق أو محكمة أخرى من المرافق أو المحاكم الأصلية القائمة ، لامكان الاستمرار فى تطبيق هذه القوانين المحلية .



(١) **التعارض بين حكم قديم عام وحكم حديث خاص :** اذا كان التعارض قائما بين قواعد قانونية قديمة تضع حكما عاما وبين قواعد قانونية حديثة تأتي بحكم خاص ، فلا يستخلص من هذا التعارض أن الحكم الجديد قد نسخ الحكم القديم العام كليا ، وانما يستخلص منه أن الحكم الجديد الخاص قد نسخ ( أو عطل ) ضمنا الحكم القديم العام في شأن ما جاء بتخصيصه فقط «١» . ومعنى ذلك أن الحكم القديم العام يظل قائما وساريا الا فيما جاء الحكم الجديد بتخصيصه ، وبذلك يعد الحكم الجديد الخاص من مدى عموم الحكم القديم العام فيقتطع بعض ما يندرج تحته ويجرى عليه حكم قاعدة مغايرة .

ومن أمثلة ذلك أن التقنين المدني القديم كان يقضى بأن الملكية تنتقل بالتراضي في الأموال منقولة كانت أو عقارية . ثم صدر بعد ذلك قانون التسجيل سنة ١٩٢٣ ، ثم قانون الشهر العقاري سنة ١٩٤٦ ، وقضى بأن الملكية في العقار لا تنتقل الا بالتسجيل . فوجد بذلك تعارض بين حكم التقنين المدني القديم وهو حكم عام لا نصرافه الى الأشياء بصفة عامة دون تمييز بين المنقول منها والعقار ، وبين الحكم الجديد الذي جاء به قانون التسجيل وقانون الشهر العقاري وهو حكم خاص لعدم نصرافه الا الى العقار وحده دون المنقول . غير أن هذا التعارض لم يكن له من أثر الا إلغاء الحكم العام الوارد في التقنين القديم الغاء ضمنا في شأن العقار وحده ، فبقى لهذا الحكم سريانه في شأن المنقول . وبذلك ظل حكم التقنين القديم القاضي بانتقال الملكية بمجرد التراضي قائما وساريا الا فيما جاء قانون التسجيل — ومن بعده قانون الشهر العقاري —

---

(١) في هذا المعنى .

Josserand, op. cit., t. I, No. 67. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 104, p. 170.

سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٩٤ ، ص ١٣٢ .



بتخصيصه منه واخراج العقار من عموم حكمه باشتراط التسجيل  
لا تنقال ملكيته .

(٢) التعارض بين حكم قديم خاص وحكم حديث عام . اما اذا كان  
التعارض قائما بين قواعد قانونية قديمة تضع حكما خاصا وبين قواعد  
قانونية جديدة تضع حكما عاما ، فلا يستخلص من هذا التعارض أن الحكم  
الجديد العام قد نسخ الحكم القديم الخاص ، بل يظل الحكم القديم  
الخاص قائما وساريا باعتباره استثناء واردا على القاعدة العامة التي  
يضعها الحكم الجديد العام «١» . فالعام اذن لا يلغى الخاص ، بل يسيان  
معا على أساس اعتبار العام هو الأصل وبقاء الخاص كمجرد استثناء وارد  
عليه . ولذلك لا يلغى الحكم الخاص ضمنا الا بحكم خاص مثله  
متعارض معه «٢» .

ومن أمثلة ذلك أن القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٤٤ كان يقضى بأنه  
« . . اذا كان المورث غير مسلم ، جاز لورثته في حكم الشريعة الاسلامية  
وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقا لشريعة  
المتوفى » . ثم جاء بعد ذلك التقنين المدني الجديد مقررًا أنه تسرى على  
الميراث والوصية أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة في شأنها  
( م ٨٧٥ و ٩١٥ ) . فليس في الحكم العام الوارد بالتقنين المدني الجديد  
أى نسخ أو الغاء للحكم الخاص الوارد بقانون سنة ١٩٤٤ ، بل يظل  
هذا الحكم قائما وساريا يخول لغير المسلمين الاحتكام الى شرائعهم

(١) في هذا المعنى :

Aubry et Rau, Cours de droit civil français, t. I, 6e éd., par Bartin, § 29,  
p. 100. — Baudry - Lacantinerie et Fourcade, Traité théorique et pratique  
de droit civil, t. I, Des personnes, No. 119. — Beudant et Béquignon - Lagarde,  
Cours de droit civil français, 2e éd., t. I, No. 176. — Jossierand, ibid. — Marty  
et Raynaud, ibid.

سليمان مرقس ، الموضع السابق .

(٢) قارن مع ذلك :

Mazeaud op. cit., No. 83, p. 102.



الدينية في مسائل الميراث والوصية ، ويعتبر كاستثناء من القاعدة العامة التي يقرها التقنين المدني الجديد والتي تقضى بأن الولاية في الموارث والوصايا تكون للشريعة الإسلامية والقوانين المستمدة منها والصادرة في هذا الشأن «<sup>١</sup>» .

ومن أمثلة ذلك أيضا أن قانون الشهر العقاري الصادر سنة ١٩٤٦ يضع حكما خاصا بشأن نقل ملكية العقار أو أى حق عيني أصلى آخر وارد عليه ، اذ يعلق هذا النقل على تسجيل التصرف المثبت لذلك . ثم جاء بعد ذلك التقنين المدني الجديد فنص على الحكم العام في شأن نقل الملكية والحقوق العينية الأخرى مقررا أن الالتزام بهذا النقل كاف وحده ومن تلقاء نفسه لتحقيق هذا النقل وزاد على ذلك قوله « وذلك دون اخلال بقواعد التسجيل » ( م ٢٠٤ ) . والواقع أن هذه العبارة الأخيرة محض تزيد ما كان يحتاج الأمر اليه للدلالة على أن قانون الشهر العقاري يظل ساريا في شأن نقل ملكية العقار والحقوق العينية الواردة عليه رغم تعارضه مع الحكم الوارد في التقنين المدني الجديد . فواضح أن هذا التقنين إنما يضع حكما عاما ، بينما يضع قانون الشهر العقاري حكما خاصا ، والعام لا ينسخ الخاص كما سبق البيان ، بل يعتبر العام هو القاعدة العامة ويظل الخاص قائما كاستثناء وارد عليها «<sup>٢</sup>» .

---

(١) انظر سابقا ، هامش ص ٣٢٨ و ٣٢٩ .

(٢) مما يؤيد هذا النظر من كون العام لا ينسخ الخاص، ان مشروع قانون اصدار القانون المدني الجديد كان ينص على أنه « يلغى القانون المدني المعمول به امام المحاكم الوطنية والقانون المدني المعمول به امام المحاكم المختلطة ويستعاض عنهما بالقانون المدني المرافق لهذا القانون . وكذلك يلغى كل نص يخالف احكام القانون المدني المرافق لهذا القانون » . فاعترض في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ على الفقرة الأخيرة ، لأن المراد هو أن يحل التقنين الجديد محل التقنين القديم على أن يبقى مكملا بما سبق صدوره من قوانين خاصة كالقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بشأن اجارات الاماكن وتنظيم العلاقات بين المؤجرين والمستأجرين . وانتهى الامر الى حذف هذه الفقرة =



## ٢ - تنظيم نفس الموضوع من جديد :

والصورة الثانية من صور الالغاء الضمنى ، أن تأتى قواعد قانونية فتتنظم من جديد نفس الموضوع الذى سبق أن نظمته قواعد قانونية قديمة اذ يستخلص من اعادة التنظيم أن القواعد القانونية الجديدة قد نسخت القواعد القديمة كلها حتى تلك التى لا تتعارض معها . وفى هذا الصدد تصرح المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المدنى الجديد بأن من صور النسخ الضمنى « أن يصدر تشريع جديد ينظم تنظيمًا كاملاً وضعاً من الأوضاع أفرد له تشريع سابق . وفى هذه الحالة يعتبر التشريع السابق منسوخاً جملة وتفصيلاً ولو انتهى التعارض بين بعض نصوص هذا التشريع ونصوص التشريع الذى تلاه » (١) .

وقد سبق أن قضت محكمة الاستئناف المختلطة منذ قديم « (٢) » بأنه « اذا تعلق التعارض بين التشريع السابق والتشريع اللاحق بالمبدأ الذى أسس عليه التشريع السابق ، وجب أن يتناول النسخ أحكام هذا التشريع جميعاً » (٣) .

ويراعى أن المشرع ينص غالباً فى التشريع اللاحق الذى يعيد به تنظيم نفس الموضوع ، على الغاء التشريع السابق الذى كان ينظمه . ومثال ذلك ما نص عليه القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ بشأن نظام القضاء من الغاء لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ولائحة الاجراءات الداخلية بها وما نص

---

== تأكيداً لهذا المعنى من «الابقاء على التشريعات الخاصة التى صدرت استثناء من القانون المدنى منشئة أوضاعاً دائمة أو موقوتة ، حتى لا ينصرف النص فى عمومته الى الغاء هذه الأوضاع ، الأمر الذى لا يدخل فى قصد الشارع » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ١٦٩ ) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ١٦٦ .

(٢) ١٥ يناير ١٩١٤ ، ب ٢٦ ، ص ١٤١ ، مشار اليه فى مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، الموضع السابق .

(٣) فى هذا المعنى :

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 204



عليه القانون رقم ٣٤٥ لسنة ١٩٥٦ في شأن تنظيم الجامعات المصرية من الغاء نصوص القوانين السابقة المتعلقة بهذا التنظيم ؛ وهو بذلك يجعل الالغاء صريحا ، ولو قد سكت عن التصريح بالالغاء ، لتحقيق الالغاء ضمنا من مجرد اعادة تنظيم نفس الموضوع من جديد .

### ١٨٧ - سلطة الغاء القاعدة القانونية

القاعدة أن السلطة التي تملك الالغاء هي السلطة التي تملك الاصدار أو الانشاء، أو سلطة أعلى منها إذ من يملك الأكثر يملك الأقل . ومن هنا فلا يتم الغاء قاعدة قانونية الا بقاعدة قانونية صادرة عن نفس المصدر الرسمي للقاعدة القانونية الملغاة أو عن مصدر رسمي أعلى منه .

وتطبيقا لهذا المبدأ ، فالقاعدة العرفية مثلا تلغىها قاعدة عرفية مثلها ، أو تلغىها قاعدة تشريعية باعتبار أن التشريع أعلى في المرتبة من العرف إذ هو المصدر الرسمي الأصلي والعرف مجرد مصدر تكميلي له .

والقاعدة التشريعية لا تلغى الا بقاعدة تشريعية ، ونص المادة الثانية من التقنين المدني صريح في هذا الصدد إذ يقرر أنه « لا يجوز الغاء نص تشريعي الا بتشريع لاحق ... » . غير أن التشريع نفسه كما سبق البيان درجات ثلاث بعضها فوق بعض ، ولذلك ينبغي مراعاة هذا التدرج بصدد الغاء كل درجة من درجات التشريع . فالتشريع الأساسي يلغى بتشريع أساسي ، والتشريع العادي يلغى بتشريع عادي أو أساسي ، والتشريع الفرعي يلغى بتشريع فرعي أو عادي أو أساسي .

وقد سبق أن أشرنا الى أن العرف لا يملك - كقاعدة عامة - الغاء التشريع ، لأنه أدنى منه مرتبة ولا يملك الأدنى نسخ الأعلى . ومقتضى هذا القول عدم التسليم بما يذهب اليه بعض الفقهاء من امكان الغاء التشريع ونسخه عن طريق اهمال تطبيقه مدة طويلة ، أي عن طريق



عدم اعماله ( désuétude ) « ١ » . فليس اهمال التشريع وعدم اعماله مدة طويلة الا عرفا سلبيا مخالفا للتشريع ، والعرف كما سبق البيان لا يملك الغاء التشريع ، لأنه مجرد مصدر تكميلي له فيكون بالتبعية أضعف منه . فالتشريع اذن ما دام لم يلغ صراحة أو ضمنا بتشريع لاحق ، يظل قائما دون أن يعتبر تواتر اهمال تطبيقه نسخا أو الغاء له . وأيا ما كان الأمر ، فالتقنين المدني المصري قاطع في عدم اجازة الغاء التشريع الا بتشريع مثله ( م ٢ ) « ٢ » ، فلا يقر بحال من الأحوال الغاء بعرف ايجابي أو سلبى . وقد جرى القضاء المصري من قبل على ذلك « ٣ » ، فلم يعترف بالغاء

(١) في هذا المعنى :

Beudant et Béquignon - Lagarde, op. cit., t. I, No. 177. — Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, No. 51. — Josserand, op. cit., t. I, No. 101. — Lebrun, thèse précitée, Nos. 433 - 448.

(٢) ولعل خلو القانون الفرنسى من نص مماثل أو من تصريح بعلو مرتبة التشريع على العرف ، هو الذى يكمن وراء تأييد كثير من فقهاءه ( انظر الهامش السابق ) لامكان الغاء التشريع بعدم الاعمال . ورغم ذلك ، فقد استقر القضاء الفرنسى على انكار نسخ التشريع عن طريق مثل هذا العرف السلبى ( انظر فى الاشارة الى احكام هذا القضاء :

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, p. 195, et note (١)

ويشايح هذا القضاء غير قليل من الفقهاء الفرنسيين ( انظر :

Aubry et Rau, op. cit., t. I, § 29, pp. 98, 99. — Génv, op. cit., t. I, Nos. 128, 129. — Colin, Capitant et De la Morandi.re, op. cit., t. I, No. 64. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 114, pp. 194 et 195.

(٣) انظر مصر الابتدائية ١٧ ابريل ١٩٢٧ ، المحاماة ٨ ، رقم ١٥١ ، ص ٢٠٥ ، حيث يقرر الحكم انه « حيث ان القول بان قانون المطبوعات قد سقط بتعمد الحكومة عدم تنفيذه مدة طويلة مع وجود احوال كثيرة كانت تدعو الى تنفيذه ، هو قول غير مقبول لان القانون لا يلغى صراحة أو ضمنا الا بقانون مثله ولا يبطل القانون لعدم العمل به مهما طالت المدة ، بل ولا بالعمل على نقيضه ، لأن الحكومة مكلفة بتنفيذ القوانين فلا يمكن ان يكون بيدها ابطالها وهى لم تصدر منها ، بل ان السلطة التشريعية التى اصدرت القانون هى وحدها التى تملك ابطاله . ولا يمكن التسليم نظاما بان السلطة التشريعية تصدر القانون ثم تاتى السلطة التنفيذية وتمتنع عن تنفيذه فيؤدى ذلك »



التشريع نتيجة عدم اعماله مدة طويلة .

---

= الى بطلانه ، لان ذلك معناه اشتراك السلطة التنفيذية في التشريع وهو ما يتنافى مع مبدأ فصل السلطات .



## المبحث الثاني

### تنازع القواعد القانونية في الزمان (١)

#### ١٨٨ - مشكلة التنازع الزماني

إذا ألغيت قاعدة قانونية وحلت محلها قاعدة قانونية أخرى ، فبديهي

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Roubier, Les conflits de lois dans le temps; théorie de la non retroactivité des lois, t. I, 1929, t. II, 1933. — Roubier, De l'effet des lois nouvelles sur les contrats en cours, Revue critique de législation et de Jurisprudence, 1932, pp. 120 - 224. — Bonnecase, Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil de Baudry — Lacanunerie, t. II, Nos. 11-247, pp. 13-280. Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. II, 3e éd., 1928, § 21, 21 a, 22, pp. 227 - 284. — Esmein, Cours de droit civil approfondi et comparé, 1943-1944.

وانظر كذلك :

Aubry et Rau, op. cit., 6 éd., Bartin, t. I, § 30, pp. 101 - 139. — Beudant et Béquignon - Lagarde, op. cit., t. I, Nos. 212-256. — Bonnecase, Introduction à L'étude du droit, 3e éd. 1939, Nos. 125 - 133. — Capitant, Introduction à L'étude du droit civil, Nos. 36 - 48. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, Nos. 49 - 62. — De la Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., Nos. 250 - 256. — Josserand, op. cit., t. I, Nos. 75 - 83. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 274 - 315. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 105 - 110. — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 137 - 154.

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرات ١٥١ - ١٥٦ . — سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرات ٩٧ - ١١٠ . — عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرات ١٦٨ - ١٩٩ . — محمد علي امام ، المرجع السابق ، فقرات ١٥٧ - ١٧٧ . — محمد علي عرفه ، المرجع السابق ، ص ١١٩ - ١٢٨ . — محمد كامل مرسى ، المرجع السابق ، فقرات ١١٤ - ١٢٧ . — محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، فقرات ١٢٨ - ١٤٤ .



أن القاعدة الجديدة تسرى ابتداء من يوم نفاذها ، وأن القاعدة القديمة يقف سريانها ابتداء من يوم الغائها ؛ وبذلك يتحدد النطاق الزمني لسريان كل من القاعدتين القديمة والجديدة .

ويكون الأمر في تحديد هذا النطاق الزمني يسيرا هكذا ، اذا تعلق بأوضاع قانونية تتم وتترتب آثارها في لحظة واحدة ، اذ لا يتصور حينئذ قيام تنازع بشأن حكمها بين القاعدة القانونية القديمة والقاعدة القانونية الجديدة ؛ فما تم من أوضاع وما ترتب من آثار في ظل القاعدة القديمة يكون محكوما بداهة بهذه القاعدة ، وما يتم من أوضاع أو يترتب من آثار في ظل القاعدة القانونية الجديدة يحكم بهذه القاعدة وحدها دون القاعدة القديمة .

غير أن الأمر لا يعرض دائما بمثل هذا اليسر ، فمن الأوضاع أو الآثار القانونية ما لا يتكون أو يترتب الا خلال فترة طويلة من الزمن ، كما هو الشأن في التقادم وعقود التوريد والقرض والايجار . وهنا يقوم التنازع بين القاعدة القانونية القديمة والقاعدة القانونية الجديدة على حكم هذه الأوضاع وتلك الآثار باعتبار أنها ممتدة في ظلها معا . فهل القاعدة القانونية الجديدة هي التي تسرى على أساس أن هذه الأوضاع والآثار القانونية قد تم تكوينها وترتيبها في ظلها ؟ أم هل تظل القاعدة القانونية القديمة سارية على أساس أن هذه الأوضاع قد ابتداء تكوينها في ظلها ، فلا عبرة بتمام هذا التكوين في ظل القاعدة الجديدة ، وأن تلك الآثار التي تترتب في ظل القاعدة الجديدة انما تتولد من أوضاع تم تكوينها في ظل القاعدة القديمة ؟ .

سؤال فمثلا كان الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية هو ٨ ٪ ، ثم أنزل التقنين المدني الجديد هذا الحد الى ٧ ٪ فما حكم عقود القرض التي عقدت قبل نفاذ التقنين الجديد بفائدة ٨ ٪ ، وتراخى بها التنفيذ الى ما بعد نفاذه ؟ هل يلزم المدين بدفع الفائدة على أساس القاعدة القانونية القديمة أى على



أساس ٨. /، أم ينسحب عليه حكم القاعدة القانونية الجديدة فلا يلزم بدفع فائدة أكثر من ٧. / ؟ .

وكذلك كانت سن الأهلية لإبرام التصرفات هي ١٨ سنة ، ثم رفعها قانون المجالس الحسبية سنة ١٩٢٥ الى ٢١ سنة ، فما حكم الأشخاص الذين كانوا راشدين قبل نفاذ هذا القانون اذا لم يكونوا قد بلغوا السن الجديدة المحددة فيه عند نفاذه، هل يستمرون راشدين أو يعودون قاصرين؟ . وما حكم تصرفاتهم التي عقدها قبل نفاذ هذا القانون أى وقت ان كانوا راشدين ، هل تظل صحيحة أم ينسحب عليها البطلان ان تقرر اعادتهم قاصرين ؟ .

واذا كان للزوج المسلم اليوم حق طلاق زوجته بمحض ارادته ، فهل يبقى له هذا الحق اذا صدر قانون جديد يحرم الطلاق الا باذن من القاضى ، على اعتبار أنه تزوج فى ظل قانون يعطيه حق الطلاق بارادته المنفردة ؟ .

واذا كانت الوصية لو ارث لا تنفذ الا فى ثلث التركة وبشرط اجازة الورثة ، ثم أصبحت تنفذ بعد العمل بقانون الوصية الصادر سنة ١٩٤٦ بغير اجازة الورثة فى الثلث ، فما حكم وصية لو ارث بالثلث محررة فى ظل القانون القديم اذا لم يمت الموصى الا بعد نفاذ القانون الجديد ؟ هل يعلق نفاذها على اجازة الورثة اعمالا للقانون القديم أم تنفذ دون اجازتهم اعمالا للقانون الجديد ؟ .

واذا كان اكتساب الملكية يتم بوضع اليد طوال خمس عشرة سنة ، ووضع شخص يده على عقار مدة عشر سنين ، ثم صدر قانون أطال المدة الى عشرين سنة ، هل يتبقى لهذا الشخص على اكتساب الملكية خمس سنين طبقا للمدة القديمة ، أم يتبقى له عشر سنين طبقا للمدة الجديدة ؟ . وما حكم الفرض العكسى ان القصت مدة التقادم الى ثمان سنوات ، هل يكتسب واضع اليد الملكية فور نفاذ القانون الجديد على اعتبار أن ثمانى سنوات أصبحت كافية للاكتساب ، وهو قد وضع يده أكثر من ذلك ، أم



لا يكتسبها الا بتمام المدة القديمة أى بوضع يده خمس سنين أخرى ؟ •  
مبدأ — وإذا كانت بعض الدعاوى من اختصاص المحاكم الابتدائية ، ثم صدر  
قانون جديد يجعلها من اختصاص المحاكم الجزئية ، فما يكون حكم الدعاوى  
المرفوعة في ظل القانون القديم أمام المحاكم الابتدائية ، اذا لم يكن قد  
فصل فيها بعد عند نفاذ القانون الجديد ؟ هل تستمر المحاكم الابتدائية  
في نظرها ؟ أم تحيلها الى المحاكم الجزئية التى أصبحت بعد نفاذ القانون  
الجديد هى المختصة ؟ •

### ١٨٩ - مبدأ عدم رجعية القوانين

تلك هى مشكلة التنازع بين القواعد القانونية في الزمان • فعلى أى  
أساس يحل هذا التنازع ؟ وكيف يمكن التوصل الى تحديد المدى  
الزمنى لسريان كل من القواعد القانونية المتنازعة ، خاصة وقد غدت  
اليوم مشكلة التنازع بين القواعد القانونية في الزمان ، فى الطليعة من  
مشاكل تطبيق القانون ، بعد أن نشطت حركة التشريع فى العصر الحديث  
نشاطا ضخما موفورا ؟

يقوم فى الأصل حل مشكلة التنازع بين القواعد القانونية فى الزمان  
على مبدأ قانونى قديم مشهور هو مبدأ عدم رجعية القوانين  
( La non - rétroactivité des lois ) ، أى عدم انسحاب القوانين الجديدة  
على الماضى ، واقتصارها على حكم المستقبل أى على حكم ما يقع ابتداء  
من يوم نفاذها •

ومبدأ عدم الرجعية من المبادئ المقررة فى أغلب الشرائع والقوانين  
الحديثة • فالتقنين المدنى الفرنسى ينص عليه فى المادة الثانية منه  
بقوله : « لا يحكم القانون الا بالنسبة الى المستقبل ، فليس له أثر  
رجعى » • وفى القانون المصرى يؤكد الدستور الجديد ما كان يقرره  
الدستور القديم «<sup>١</sup>» من نص على هذا المبدأ بقوله فى المادة ١٨٦ :

---

(١) وقد كان من رأينا ان اسقاط دستور ١٩٢٣ لم ينتقص من وجوده •



« لا تسرى أحكام القوانين الا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها . ومع ذلك يجوز ، في غير المواد الجنائية ، النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الأمة » . وكان المشروع النهائي للتقنين المدني ينص عليه كذلك بقوله « لا يعمل بالنصوص التشريعية الا من وقت صيرورتها نافذة ، فلا تسرى على ما سبق من الوقائع . . » ، ثم حذف هذا النص اكتفاء بورود حكمه في الدستور حينئذ .

ويقوم مبدأ عدم رجعية القوانين على أساس من المنطق ، اذ القاعدة القانونية هي أمر أو تكليف بسلوك معين ، والتكليف أو الأمر لا يتصور توجيهه الى ما فات وانما الى ما هو آت . ففي الرجوع بالقاعدة القانونية الى الماضي خروج اذن عن المدى الزمني لسريانها — وهو الذي يبدأ من وقت نفاذها — واعتداء على اختصاص القاعدة القانونية القديمة بالاتقاص من المدى الزمني لسريانها الذي يمتد الى يوم انقضاءها .

وكذلك ففي انسحاب القاعدة القانونية على الماضي ، اخلال بالاستقرار الواجب للمعاملات واهدار للثقة الواجبة في القانون . فضلا

---

= هذا المبدأ ، فيظل مسلما واجب الاحترام طوال فترة الانتقال التي أعقبت هذا الاسقاط حتى العمل بالدستور الجديد ، فقد قلنا ان « مبدأ عدم رجعية القوانين يظل رغم هذا الاسقاط قائما ، فهو من المبادئ الدستورية المقدسة التي كسبتها الانسانية بعد جهاد طويل مرير ، حتى غدا اليوم من تراثها الثابت وحقوقها المكتسبة ، سواء كان مسطورا في الدساتير أو غير مسطور . وليس يطمع في ذلك ان الاعلان الدستوري الصادر في ١٠ فبراير سنة ١٩٥٣ من «القائد العام للقوات المسلحة وقائد ثورة الجيش» بوضع دستور مؤقت يعمل به طوال فترة الانتقال ، قد أغفل النص على هذا المبدأ وخاصة فيما يتعلق بالقوانين الجنائية . فهذا المبدأ — كما قلنا — في الطبيعة من المبادئ الدستورية الهامة المسلمة التي لا يمكن الرجوع فيها أو انكارها . وقد تضمن الاعلان الدستوري الصادر في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٢ باسقاط دستور سنة ١٩٢٣ تعهدا صريحا بأن تراعى الحكومة التي تتولى السلطات في فترة الانتقال « صالح المواطنين جميعا دون تفریق أو تمييز ، مراعية في ذلك المبادئ الدستورية الهامة » . ( انظر كتابنا ، محاضرات في المدخل للقانون ، ص ٢٩٠ و ٢٩١ ) .



عن أنه كثيرا ما تترتب للأفراد حقوق وأوضاع وآثار قانونية في ظل القواعد القانونية المعمول بها ، فلا ينبغي أن يكون تعديل هذه القواعد أو إلغاؤها بقواعد قانونية جديدة فرصة للمساس بهذه الحقوق والأوضاع أو للاتقاص من تلك الآثار التي ترتبت صحيحة في ظل القواعد القانونية القديمة .

ومع ذلك ، فمن المسلم اعطاء المشرع رخصة في الخروج على مبدأ عدم الرجعية ، بنصه على الرجعية صراحة ، اذ قد تكون الرجعية في بعض الحالات مما يقتضيه صالح الجماعة . والدستور المصري الجديد - كالدستور القديم - قاطع ، كما سبق البيان ، في اعطاء هذا الحق للمشرع ( م ١٨٦ ) . ولكنه يتطلب أن يكون تقرير الرجعية من قبله صريحا لا ضمنيا ، وأن يتم هذا التقرير بتشريع عادي « ١ » توافق عليه أغلبية أعضاء مجلس الأمة لا أغلبية الحاضرين منهم ، وذلك تأكيدا لخطورة الرجعية أمام ما تهدره من حقوق وتخل به من استقرار .

ولكن المشرع - على أى حال - مقيد بمبدأ عدم الرجعية فيما يتعلق بالقوانين الجنائية ؛ فلا يملك النص في تشريع يقرر جريمة أو عقوبة جديدة على رجعية هذا التشريع وانطباقه على ما ارتكب قبل نفاذه من أفعال ، نظرا لما في ذلك من اهدار خطير للحرية الفردية . والدستور الجديد - كالدستور القديم ( م ٦ ) - قاطع في حرمان المشرع من النص على الرجعية في هذا المجال : حيث تنص المادة ٣٢ منه على أنه « لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون » ولا عقاب الا على الأفعال اللاحقة لصدور القانون الذي ينص عليها ، وترخص المادة ١٨٦ منه في النص على الرجعية بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الأمة ولكن « في غير المواد الجنائية » . وكذلك تتضمن المادة الخامسة من تقنين العقوبات هذا القيد على حرية المشرع الجنائي في النص على الرجعية ، حيث تنص على أنه « يعاقب على

---

(١) فلا تجوز الرجعية ولو نص عليها صراحة في تشريع فرعى ( انظر : سليمان مرقس ، الطبعة الثالثة ، فقرة ٩٩ ، ص ١٦٠ ) .



الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها » .

١٩٠ — عدم كفاية مبدأ عدم رجعية القوانين لحل مشاكل التنازع بينها في الزمان « ١ » .

إذا كان مبدأ عدم رجعية القوانين يقدم عادة كأساس لحل التنازع بين القوانين في الزمان ، فينبغي أن يراعى أن تقرير هذا المبدأ ليس كافياً بمفرده لحل مشاكل هذا التنازع . فلا يكفي أن يقرر كمبدأ أن ليس للقانون الجديد سلطان على الماضي ، بل يجب أن يقرر كذلك مبدأ سلطان هذا القانون ابتداء من تفاذه أى مبدأ سلطانه المباشر ، خاصة بالنسبة الى الوقائع التى تحدث ابتداء من هذا النفاذ وتكون مترتبة على أوضاع أو وقائع ماضية ؛ وأن يحدد كذلك مدى هذا السلطان المباشر ، وهل هو سلطان كامل يعطى القانون الجديد ولاية مانعة لكل ولاية للقانون القديم في هذا الشأن ، أم يجب الاعتراف للقانون القديم — في بعض الحالات على الأقل — بولاية مستمرة رغم انتهاء العمل به بابتداء تفاذ القانون الجديد ؟ .

وبذلك يرد الأمر في التنازع الزمانى بين القوانين الى تقرير مبدأ عدم رجعية القوانين الجديدة والى تقرير مبدأ أثرها المباشر وما قد يحد منه — في بعض الحالات — من الاعتراف بأثر مستمر للقوانين القديمة .

وقد كان تحديد معنى الرجعية المنوعة محلاً خاصة لمحاولات فقهية كثيرة متواصلة ولدت نظريات مختلفة في فهمها وتحديدتها ، مالبث أن انعكس أثر اختلافها على تحديد معنى الأثر المباشر للقوانين الجديدة وعلى تحديد مدى الأثر المستمر للقوانين القديمة . ولذلك ينبغي أن نعرض لأهم هذه النظريات لتبين مدى توفيقها في حل مشكلة تنازع القوانين في

---

(١) انظر في ذلك :

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 105. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 276, 277.



الزمان ، وأن نعرض كذلك للحلول الوضعية لهذه المشكلة في القانون المصرى ومدى اتفاقها مع الأصول الفقهية في هذا الشأن ، وأن نحاول أخيرا التماس حلول لبعض ما يثيره التنازع بين القوانين في الزمان من مشاكل عملية لم يتصد المشرع لحلها .

## المطلب الأول

### الأصول الفقهية لحل مشكلة التنازع الزمانى

#### ١٩١ - تعدد النظريات الفقهية

تعتبر مشكلة التنازع الزمانى من أعقد المشاكل القانونية التى واجهت الفقه . لذلك كانت محلا لاجتهاد كثير من الفقهاء فى سبيل التماس أصول لحلها ، فظهرت بذلك نظريات عديدة لارساء هذه الأصول . ولسوف نكتفى باستعراض نظريات فقهية ثلاث تعبر عن الاتجاهات الرئيسية المختلفة . أولاها النظرية القديمة التى ظلت سائدة فى الفقه ومطبقة فى القضاء فى فرنسا طوال القرن التاسع عشر والتى عرفت باسم « النظرية التقليدية » ، وتقوم على التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل . والنظريتان الأخريان نبتتا فى الفقه الفرنسى منذ أوائل القرن الحالى بعد ظهور عيوب وقصور النظرية التقليدية مما أدى الى هجر الفقه لها : وقد ولدت النظرية الأولى منها عند بعض فقهاء القانون العام وخاصة «ديجى» ، وقامت على أساس التفرقة بين المراكز القانونية الشخصية والموضوعية ، ولكن لم يكتب لها النجاح فى الفقه أو القضاء . والثانية ، تأصلت عند بعض فقهاء القانون الخاص ومن أظهرهم «روبييه» ، وهى التى تتجنب قصور النظريتين المتقدمتين نتيجة انحصارهما فى مبدأ عدم الرجعية ، فتفرق بين الأثر الرجعى والأثر المباشر للقاعدة القانونية ، وقد انتهى الأمر بانتصار هذه النظرية فباتت لها الغلبة اليوم على بقية النظريات .



## أولا - النظرية التقليدية في التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل

### ١٩٢ - المبدأ هو عدم الرجعية ، أي عدم المساس بحق مكتسب

قلنا ان هذه النظرية كانت هي السائدة في الفقه والقضاء الفرنسي طوال القرن الماضي، بل ان بعض أحكام القضاء الفرنسي والمصري على السواء لا تزال الى اليوم - رغم هجر الفقه لها - تستعمل تعبيراتها المختلفة لتبرير ما تقضى به من حلول في مشاكل التنازع الزماني بين القوانين .

وتقوم هذه النظرية أساسا على تقرير مبدأ عدم الرجعية للأسباب التي أوضحناها مبررة لهذا المبدأ . وهي ترى أن القاعدة القانونية الجديدة تكون رجعية اذا استتبع تطبيقها المساس بما تم اكتسابه من حقوق في ظل القاعدة القانونية القديمة ؛ أما اذا لم يستتبع هذا التطبيق الا المساس بمجرد الآمال التي لم ترتفع بعد الى مرتبة الحقوق المكتسبة ، فلا رجعية فيه . بمعنى أن القاعدة القانونية الجديدة تسرى حتى ولو خبت آمالا تعلق بها الرجاء في الماضي ، ولكنها لا تسرى اذا كان من شأن سريانها المساس بحق تم اكتسابه من قبل .

فأساس هذه النظرية اذن هو التفرقة بين الحق المكتسب ( *droit acquis* ) وبين مجرد الأمل ( *simple expectative* ) ؛ والأول وحده دون الثاني هو الذي لا يجوز مساس القاعدة القانونية الجديدة به ، والا اعتبرت ذات أثر رجعي . ولكن ما هو مناط التفرقة بين مجرد الأمل ؟ . الواقع أن أنصار هذه النظرية لا يتفقون على تعريف واحد للحق المكتسب «<sup>١</sup>» ،

---

(١) انظر في التعريفات المختلفة للحق المكتسب عند انصار النظرية التقليدية : Roubier, op. cit., t. I, No. 33, No. 35, p. 311.



مما أضعف سند نظريتهم في الفقة وجعلها هدفا سهلا قريبا للنقد . فالحق المكتسب عند البعض منهم هو الحق الذي دخل ذمة الشخص نهائيا بحيث لا يمكن تقضه أو نزعه منه الا برضاه ؛ وهو عند بعض آخر الحق الذي يقوم على سند قانوني ، وعند فريق ثالث هو الحق الذي يملك صاحبه المطالبة به والدفاع عنه أمام القضاء «<sup>١</sup>» . أما مجرد الأمل فهو محض ترقب ورجاء في اكتساب حق من الحقوق ، مما يفترض عدم اكتساب الحق بعد .

وأيا كان الرأي في تعريف الحق المكتسب ومناط التفرقة بينه وبين مجرد الأمل ، فأنصار هذه النظرية يضربون أمثلة يرونها توضح المقصود منه . فالارث مثلا يكون مجرد أمل طالما المورث بقيد الحياة ، ولكنه يصبح حقا مكتسبا بوفاة المورث . ولذلك اذا صدر قانون جديد يعدل أنصبة

---

(١) ذهب بعض انصار هذه النظرية الى محاولة تفادي الانتقادات التي وجهت اليها وخاصة عدم تحديد المقصود بالحق المكتسب ومجرد الأمل تحديدا واضحا بقولهم ان ما يحدد الحق المكتسب هو كونه مكفولا لصاحبه بدعوى أو بدفع ، وأن مجرد الأمل هو كل ما عداه مما يفتقد — في كفاله — مثل هذه الوسائل ؛ وتادوا من ذلك الى أن التفرقة التقليدية بين الحق المكتسب ومجرد الأمل هي في حقيقتها تفرقة بين « الحق » ( Le droit ) وبين « المصلحة » ( L'intérêt )

انظر في ذلك قول Huc :

«Constitue un droit acquis tout avantage dont la conservation ou l'intégrité est garantie au sujet investi par une action ou par une exception. Au contraire, ne sera pas un droit acquis, mais sera un simple intérêt, tout avantage dont la conservation ou l'intégrité n'est pas garantie au profit du sujet par une action ou par une exception. La règle serait par conséquent ainsi formulée : une loi nouvelle ne peut pas, en principe, porter atteinte à un droit, mais elle peut détruire ou léser un intérêt. — Cette manière d'envisager la difficulté a pour résultat une grande simplification dans la doctrine puisqu'elle rattache nettement la solution cherchée à une distinction facile à comprendre et admise par tout le monde entre l'intérêt et le droit. Au fond, la distinction établie entre les droits acquis et les simples expectatives n'est pas autre chose » ( Huc, cité par Bonnecase, op. cit., t. II, p. 137 )

وانظر في انتقاد هذا المعيار :

Roubier, op. cit., t. I, No. 37, p. 332.



الورثة ، فهذا القانون لا يمس حقوق الورثة المكتسبة في ظل القانون القديم ، أى لا يسرى على التركات التى فتحت بوفاة المورث قبل نفاذه والا صار رجعيا ، لأن وفاة المورث فى ظل القانون القديم أنشأت لورثته حقوقا مكتسبة فى تركته مما يتمتع معه على القانون الجديد تقضها أو المساس بها . أما اذا مات المورث بعد نفاذ القانون الجديد المعدل لأنصبة المورثة ، فيسرى على الورثة التعديل الجديد لأنه لم يكن لهم فى ظل القانون القديم — والمورث لم يمت بعد — حقوق مكتسبة ، بل كان لهم مجرد أمل فى الارث ، وهو ما يجوز للقانون الجديد تعطيه أو المساس به « ١ » .

وكذلك الحال فى الوصايا ، يسرى القانون الجديد على ما يستحق منها بعد نفاذه ولو كانت محررة فى ظل القانون القديم ، ولا يسرى على ما استحق منها فى ظل القانون القديم « ٢ » . فلو كان القيصر الجائز فيه الايصاء هو نصف التركة ، وحررت وصية بالنصف ، ثم صدر قانون جديد يحدد نصاب الايصاء بالثلث فقط ، فان القانون الجديد — ان كان صدوره ونفاذه بعد وفاة الموصى — لا يسرى على الوصية ، فتظل صحيحة ونافذة فى النصف ، لأن الموصى له قد اكتسب بموت الموصى حقا فى هذا النصف . وان كان صدور القانون الجديد ونفاذه قبل وفاة الموصى ، فهو يسرى على الوصية المحررة فى ظل القانون القديم فلا تكون نافذة الا فى الثلث فقط ، لأن الموصى له — رغم تحرير الوصية فى ظل القانون القديم — لم يكن قد اكتسب بعد حقا فى الوصية اذ كان الموصى ما يزال حيا ، بل كان له مجرد أمل غير يقينى فى استحقاق الوصية يوما من الأيام ، فيملك القانون الجديد تفويته عليه أو الانتقاص منه .

---

(١) Aubry et Rau ,op. cit., t. I, § 30, p. 123.

(٢) Aubry et Rau, op. cit., § 30, p. 133.



وكذلك كل تقادم لم يكتمل في ظل القانون القديم لا يعتبر حقا مكتسبا للمستفيد منه ، بل هو مجرد أمل عنده بالاستفادة منه عند اكتماله ، فيجوز للقانون الجديد تقضيه أو المساس به ، دون أن يعتبر لذلك رجعى الأثر «١» .

والحقوق الناشئة عن فعل الانسان تعتبر — عند النظرية التقليدية — حقوقا مكتسبة للشخص المترتبة لصالحه ، مادام منشؤها لا يملك بمجرد ارادته تعديل أو إلغاء آثارها القانونية ، كالحقوق المتولدة عن العقود وعن الأعمال الضارة أو النافعة ، فلا يملك القانون الجديد المساس بها ولا حتى تعديل ما قد يترتب عليها — بعد نفاذه — من آثار ، فتظل هي وآثارها محكومة بالقانون الذى تولدت في ظله «٢» .

### ١٩٣ — استثناءات مبدأ عدم الرجعية

تفسر النظرية التقليدية اذن المبدأ المقرر من عدم الرجعية ، بعدم مساس القوانين الجديدة بما تم اكتسابه من حقوق في ظل القوانين القديمة . ولكنها تورد على هذا المبدأ بعض استثناءات يجوز فيها المساس بالحقوق المكتسبة ، أى تجوز فيها رجعية القوانين الجديدة . وهذه الاستثناءات هي :

( ١ ) النص الصريح على الرجعية : ترى هذه النظرية أن مبدأ عدم الرجعية هو مبدأ يقيد القاضى ولا يقيد المشرع . وهذا أمر مسلم في الفقه بوجه عام . ومعناه أن للمشرع الحق في أن ينسحب بالتشريع الجديد على الماضى اذا أراد ، وانما يجب عليه حينئذ — فى رأى الراجح — النص صراحة على رجعية هذا التشريع ، فلا يكفى الاستناد فى ذلك الى

---

(١) Aubry et Rau, op. cit., § 30, p. 124.

(٢) Aubry et Rau, op. cit., § 30, pp. 124 - 132.



ارادته الضمنية «أ» ؛ فإذا خلا التشريع من نص صريح على رجعيته ، فلا يملك القاضى تطبيقه على الماضى والمساس بما تم اكتسابه فيه من حقوق .

وهذا الاستثناء المجمع عليه فى القانون الفرنسى رغم عدم وجود نص يقره ، ينص عليه صراحة — كما سبق البيان — الدستور المصرى القديم والجديد على السواء .

وهو استثناء مبرر حينما يتطلب الصالح العام الرجوع الى الماضى ونقض ما اكتسب فيه من حقوق أو تكون من مراكز قانونية أو ترتب عليها من آثار ، أى حينما تصبح الرجعية ضرورة تفوق ضرورة الاستقرار فى المعاملات . ومن هنا ينبغى على المشرع القصد فى استعمال ماله من حق النص على رجعية القوانين ، الا فيما يحقق مصلحة للجماعة يهون فى سبيل تحقيقها الاخلال باستقرار المعاملات .

وأيا ما كان الأمر ، فهذا الاستثناء ليس مطلقا ، اذ المشرع مقيد بمبدأ عدم الرجعية فيما يتعلق بالقوانين الجنائية . فلا يملك النص صراحة — فى تشريع يقرر جريمة أو عقوبة جديدة — على رجعية هذا التشريع والعقاب بمقتضاه على ما ارتكب قبل نفاذه من أفعال ( م ٤ من تقنين العقوبات الفرنسى ) . وقد أشرنا من قبل الى أن الحد من حرية المشرع الجنائى فى النص على الرجعية مقرر صراحة فى تقنين العقوبات المصرى وفى الدستور المصرى القديم والجديد على السواء .

( ٢ ) القوانين الجنائية الأصلح للمتهم : استثناء من مبدأ عدم الرجعية ، تسحب القوانين الجنائية الجديدة على الماضى فتحكم ما ارتكب قبل نفاذها من جرائم اذا كانت أصلح للمتهم ، بأن كانت تمحو الجريمة أو

---

(١) فى هذا المعنى :

Aubry et Rau, op. cit., § 30, p. 103. — Josserand, op. cit., t. I, No. 79. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 150. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 305.



تخفف العقاب • ذلك أن حق الجماعة في تقرير الجرائم والعقاب عليها مرتين بالصالح العام ، فإذا اقتضى هذا الصالح من بعد محو الجريمة أو تخفيف العقاب ، فهو يقتضى كذلك افادة من ارتكبها في ظل القانون القديم من المحو أو التخفيف • وسرى من بعد أن افادة المجرم أو المتهم مما يصدر بعد ارتكابه الجرم من قوانين جنائية أصلح له ، أمر مقرر في القانون المصرى ( م ٢/٥ و ٣ عقوبات ) •

( ٣ ) القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب : لئن كان المبدأ أن سريان القانون الجديد مشروط بعدم المساس بالحقوق المكتسبة في ظل القانون القديم ، فاستثناء من ذلك يسرى القانون الجديد على الماضى فيمس الحقوق المكتسبة اذا كان متعلقا بالنظام العام أو الآداب • فقواعد النظام العام والآداب قواعد آمرة لا تجوز مخالفتها أو الوقوف في سبيل سريانها احتجاجا بحق مكتسب «١» ، ولذلك تعتبر القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب — عند النظرية التقليدية — قوانين رجعية خروجاً على مبدأ عدم رجعية القوانين «٢» •

ومن تطبيقات هذا الاستثناء «٣» — عند أنصار النظرية التقليدية —

---

(١) يذهب بعض أنصار النظرية التقليدية الى تبرير اعتبار القوانين المتعلقة بالنظام العام رجعية الاثر استثناء من مبدأ عدم الرجعية ، على أساس القول بأن في تعلق هذه القوانين بالأسس الرئيسية للجماعة المؤلفة للنظام العام فيها ما يفصح عن ارادة المشرع الضمنية في اطلاق تطبيقها دون اعتبار لما قد يجره هذا التطبيق من مساس بحقوق مكتسبة في الماضى • فإذا كان المشرع يملك فرص الرجعية بنص صريح ، فكذلك يجب تقريرها حين تستبين ارادته الضمنية في ذلك من صفة القانون الآمرة نتيجة تعلقه بالنظام العام • فرجعية القوانين المتعلقة بالنظام العام ادن رجعية تستند — في هذا الراى — الى ارادة المشرع الضمنية ( انظر في الاشارة الى هذا الراى :

(Roubier, op. cit., t. I, No. 63, p. 529.

(٢) انظر في الاشارة الى رجعية هذه القوانين في منطق النظرية التقليدية :

Roubier, op. cit., t. I, 87, pp. 109-111.

(٣) انظر في الاخذ بهذا الاستثناء في القانون المصرى :

عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت، المرجع السابق، فقرة ١٥٥ •



القوانين الخاصة بتعديل سن الرشد ، فهي عندهم قوانين ذات أثر رجعي لتعلقها بالنظام العام . فاذا صدر قانون برفع سن الرشد ، فهو يسرى فورا على كل الأشخاص الذين لم يبلغوا بعد عند نفاذه هذه السن الجديدة ، فيعتبرون قاصرين ابتداء من يوم نفاذه ، رغم سبق اعتبارهم راشدين في حكم القانون القديم .

وكذلك الحال في قوانين الغاء الرق ، فهي — لتعلقها بالنظام العام — تسحب على الماضي ، فيتحرر كل الرقيق الموجود فور نفاذها ، رغم ما في ذلك من مساس بما للمالكين عليهم من حقوق مكتسبة . وكذلك الحال في القوانين التي تحرم الطلاق ، فانها — لتعلقها بالنظام العام — تسرى على من تزوجوا قبل نفاذها ، رغم ما في ذلك من مساس بما كان لهؤلاء من حق مكتسب في الطلاق .

غير أن بعض أنصار النظرية التقليدية لا يطلقون هذا الاستثناء ، بل يحدون منه على أساس حصر النظام العام الذي يرر رجعية القوانين المتعلقة به في نطاق محدود أضيق من نطاقه العادي المعروف « ١ » . وبذلك يوجد

---

(١) يذهب البعض الى اعتبار القوانين الناهية او المحرمة ( Les lois prohibitives ) هي وحدها — من بين القوانين المتعلقة بالنظام العام — التي يجب سريانها باثر رجعي خروجاً على مبدأ عدم الرجعية . ويذهب بعض آخر الى تقرير صفة الرجعية لبعض قوانين النظام العام ذات الاهمية القصوى والخطر البالغ التي لا يتصور مع وجودها استمرار قيام وضع مخالف ( انظر في الاشارة الى هذه الآراء : ( Roubier, op. cit., t. II, No. 87, pp. 109, 110 )

وانظر في الاخذ بهذا الراى الاخير :

Mazeaud, op. cit., t. I, No. 148.

ويذهب كذلك استاذانا السنهورى وأبو ستيت — وهما يأخذان باستثناء القوانين المتعلقة بالنظام العام من مبدأ عدم الرجعية كما سبق — الى الحد من هذا الاستثناء . فهما أن كانا يطلقانه في صدد قوانين الأحوال الشخصية المتعلقة بالنظام العام ؛ الا انهما يحدآن منه في صدد ما يتعلق بالنظام العام من قوانين المعاملات ، فيفرقان بين « النصوص التي يقصد منها حماية مصلحة »



— فى صدد التنازع الزمانى بين القوانين — نوع فرعى من النظام العام له نطاق خاص محدود .

(٤) القوانين التفسيرية : يحدث أحيانا أن تختلف المحاكم على تفسير تشريع معين اختلافا كبيرا أو تأخذ فى تفسيره بمعنى لم يكن يقصده المشرع فلا يرى المشرع مناصا من التدخل بنفسه وإصدار تشريع جديد يفسر به الحكم الوارد فى التشريع الأول . وحينئذ يسرى التشريع الثانى ، أى التشريع التفسيرى ، على الوقائع التى حدثت قبل صدوره فى ظل التشريع الأول ، استثناء من مبدأ عدم الرجعية . ذلك أن التشريع الثانى ، بما يتضمن من تفسير التشريع الأول ، يعتبر جزءا منه ؛ فيكون طبيعيا إذن أن يمتد الى حكم الوقائع التى حدثت فى ظل التشريع الأول « ١ » ، فيلتزم القضاء بتطبيقه فى الدعاوى التى ما زالت منظورة أمامه بشأنها ؛ أما الدعاوى التى سبق الفصل فيها — قبل صدور التشريع التفسيرى — بأحكام نهائية ، فيمتنع تطبيقه عليها من بعد ، أمام قوة الأمر المقضى ، حتى ولو كانت هذه الأحكام قد أخذت بتفسير مخالف .

ويبدو أن أنصار النظرية التقليدية لا يفرقون فى صدد هذا الاستثناء بين ما يقصد به من التشريعات التفسير حقيقة وبين ما يتخذ منها تحت

---

— عامة — كالقانون الذى يعطى للأوراق المصرفية سعرا جبريا — ... فانها تسرى على العقود التى تمت قبل صدوره والتى اشترط فيها على المدين الدفع بالذهب ؛ وبين النصوص المعتبرة من النظام العام والتى تحمى مصالح خاصة — كالقانون الذى يخفض الحد الأقصى للفائدة — فانها لا تؤثر فى العقود التى تمت قبل صدورها ، بل تظل خاضعة للقانون القديم « ( عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت، المرجع السابق، فقرة ١٥٥، ص ١٩٨ و ١٩٩ )

(١) انظر فى الإشارة الى تبرير النظرية التقليدية لهذا الاستثناء على هذا الأساس :



ستار التفسير وسيلة الى تغيير أو تعديل أحكام تشريعات سابقة ، ما دام المشرع يصفها بالصفة التفسيرية ، اذ هو يظهر بذلك ارادته في رجعيتهما ، وهو يملك فرض الرجعية اذا شاء «١» .

#### ١٩٤ - نقد النظرية التقليدية

تلك هي النظرية التقليدية في حل التنازع الزماني بين القواعد القانونية على أساس مبدأ عدم الرجعية وفهم معنى الرجعية على أنه المساس بحق مكتسب . وقد لاقت هذه النظرية رواجاً كبيراً في الفقه والقضاء طوال القرن الماضي في فرنسا ، حتى بدت حينذاك كأنها من المسلمات ، بل وما زال أثرها ملموساً الى اليوم في أحكام القضاء — رغم تخلى الفقه الحديث عنها — حيث لا تزال تردد اصلاحات « الحق المكتسب » و « مجرد الأمل » .

غير أن الواقع أن هذه النظرية لا توفق في اعطاء معيار محكم لمعنى الرجعية . فمعيار « الحق المكتسب » الذي ترى في المساس به رجعية من جانب القانون الجديد ، معيار مبهم كل الابهام لا يفصح في جلاء عن معنى الرجعية . ولذلك تضاربت آراء أنصارها حول تعريفه ، حتى انتهى الأمر الى أن تغدو فكرة « الحق المكتسب » مجرد حيلة لمنع سريان القانون الجديد على ما يراد سلفاً عدم المساس به . ومن هنا كان تهكم بعض الفقهاء على هذه النظرية ووصفهم اياها بأنها مصادرة على المطلوب ، اذ تعرف الرجعية بأنها المساس بحق مكتسب ، فاذا سئلت عن الحق المكتسب قالت هو الذي لا يمسسه القانون الجديد ! . . . «٢» .

---

(١) Aubry et Rau, op. cit., t. I, § 30, pp. 108 - 110, et note (10)

(٢) وبذلك اندفع انصار هذه النظرية الى اصطناع حقوق مكتسبة وهمية لمنع نفاذ القانون الجديد حينما يراد منع نفاذه . ومن قبيل ذلك ما ذهب اليه محكمة النقض الفرنسية من أن في تطبيق القانون الجديد الذي =



والأخذ بمعيار « الحق المكتسب » ينتهي كذلك الى نتائج غير مقبولة .  
اذ منطق تقرير مبدأ عدم الرجعية وفهمه على أنه عدم المساس بالحقوق المكتسبة ، يقود الى القول بأن القوانين الجديدة لا تملك المساس بأى حق من الحقوق القائمة من قبل أو الغائها أو تعديلها ، فلا تملك مثلاً — بتعديل نظام الملكية — تضيقه على الملكيات القائمة والا كانت رجعية . وتلك نتيجة غير معقولة ، اذ القانون لا يكفل الى الأبد الابقاء على الحقوق أو استعمالها مؤبداً بوضعها القائم «<sup>١</sup>» فضلاً عما فيها من سد الباب أمام كل اصلاح مستقبل «<sup>٢</sup>» .

وكذلك فان معيار الحق المكتسب — على افتراض صحته — معيار غير دقيق ، لا يعطى حلاً موفقة لبعض مشاكل التنازع بين القوانين في الزمان ، وخاصة حيث يتعلق الأمر بمركز قانونى يدركه القانون الجديد وهو ما يزال فى دور التكوين ، اذ ما دام التكوين لم يبلغ بعد تمامه ، فلا يوجد بداهة حينئذ حق مكتسب ؛ ويكون معنى ذلك — فى منطق النظرية التقليدية — أن لا رجعية فى تطبيق قانون جديد يهدد ما تم فى ظل القانون القديم من عناصر هذا التكوين ؛ وفى ذلك خطأ واضح . فالواقع أن

— يقضى بتقصير مدة التقادم الذى بدأ ولم يكتمل فى ظل القانون القديم ، انتزاعاً لحق كان يكفله القانون القديم للدائن ، وما ذهب اليه بعض الفقهاء — فى سبيل تفسير عدم تأثر صحة الوصية بتغيير أهلية الايصاء — من أن للموصى حقاً مكتسباً لا يمسسه القانون الجديد .

( انظر : Roubier, op. cit., t. I, No. 36, pp. 323, 324 )

(١) Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 285

وانظر كذلك فى هذا المعنى قول « پورتاليس » ( Portalis ) :

« Détruire une institution qui existe, ce n'est certainement pas faire une loi rétroactive, car si cela était, il faudrait dire que les lois ne peuvent rien changer. Le présent et l'avenir sont sous leur empire. Elles ne peuvent certainement pas faire qu'une chose qui existe n'ait pas existé, mais elles peuvent décider qu'elle n'existera plus. Or voilà tout ce qu'on fait les lois qui ont détruit les fiels, les substitutions ». (Portalis, cité par Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, p. 130, note (1)).

(٢) Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 106, p. 173.



القانون الجديد الذى يلغى سببا من أسباب وقف التقادم يكون رجعيا — رغم عدم وجود حق مكتسب بعد — اذا أهدر، بالنسبة الى تقادم لم تكتمل مدته عند نفاذه ، ما اعترضه فى ظل القانون القديم من وقف نتيجة هذا السبب . وكذلك يعتبر رجعيا ، رغم عدم وجود حق مكتسب ، القانون الذى يلغى شكلا معيناً للوصية ، اذا ترتب عليه أن تعتبر باطلة الوصايا التى لم تكن قد استحققت بعد لعدم وفاة الموصى عند نفاذه ، لسبق تحريرها فى هذا الشكل فى ظل القانون القديم « ١ » .

وفضلا عن عجز معيار الحق المكتسب الذى تعطيه هذه النظرية ، نراها تخطئ خطأ كبيرا بين الأثر الرجعى والأثر المباشر للقانون الجديد . فثم سريان لقوانين جديدة يعتبر فى منطق هذه النظرية تطبيقا رجعيا لها فى حين أن لارجعية فى الأمر ، اذ لا يعدو سريانها أن يكون تطبيقا مباشرا لا يرجع الى الوراء وانما يتبدىء من يوم نفاذها .

فالنظرية التقليدية ترى مثلا فى تطبيق القانون القاضى بتحريم الرق على كل من يملك رقيقا وقت نفاذه ، وفى تطبيق القانون القاضى برفع سن الرشد على من كانوا راشدين فى ظل القانون القديم ما داموا لم يبلغوا السن الجديدة بعد ، أمثلة من التطبيق الرجعى للقانون الجديد ، أى أمثلة من الاستثناء من مبدأ عدم الرجعية ، يبرر على أساس تعلق هذه القوانين

---

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 36, p. 326.

ومنطق النظرية التقليدية غير المقبول الذى يؤدى الى نفي الرجعية عن القانون الذى يلغى شكل الوصية فيهدر الوصايا التى تمت من قبل فى هذا الشكل ، هو الذى حدا ببعض انصارها الى تنكب هذا المنطق — فى سبيل الإبقاء على هذه الوصايا صحيحة فى الشكل الذى تمت فيه — واصطناع تبرير جديد مؤداه أن مسائل الشكل تخضع للقانون الذى تتم التصرفات القانونية فى ظله :

( انظر : Aubry et Rau, op. cit., t. I, § 30, pp. 107, 108 )



فالنظام العام . وذلك وهم خاطيء ؛ فسيان القانون الجديد في الحالين ،  
انما هو سريان مباشر لا سريان رجعى ، لأنه سريان لا يتعرض للماضى  
فينقض ما تم فيه ، وانما يتعرض للمستقبل وحده فيطبق القانون الجديد  
ابتداء من يوم نفاذه فقط .

فالرقيق يعتبر متحررا ابتداء من يوم نفاذ القانون القاضى بتحريم  
الرق لا قبل ذلك ، أى لا تأثير لهذا القانون على وضع الرق الذى كان  
قائما قبل نفاذه ؛ ولو كان تطبيق مثل هذا القانون رجعيا لا مباشرا  
لاعتبر الرق الذى كان قائما قبل نفاذه باطلا أى لاعتبره كأن لم يكن ،  
ولرتب على ذلك كل النتائج والآثار القانونية . وكذلك الحال في القانون  
الذى يرفع سن الرشد ، فمن لم يبلغ هذه السن الجديدة بعد ، يعود قاصرا  
ولكن ابتداء من يوم نفاذ هذا القانون ، فلا تأثير للقانون الجديد على  
وضعه كراشد في ظل القانون القديم ؛ ولو كان للقانون الجديد أثر رجعى  
لا مباشر ، لاعتبر من لم يبلغ السن الجديدة عند نفاذه كما لو كان قاصرا  
دائما ، أى لاعتبر أنه لم يكن كامل الأهلية قط في ظل القانون القديم ،  
ولرتب على ذلك كل النتائج القانونية بإبطال كل التصرفات التى صدرت  
منه حينئذ .

والخلط بين الأثر الرجعى والأثر المباشر على هذا النحو ، هو الذى  
دفع النظرية التقليدية الى اعتبار القوانين المتعلقة بالنظام العام قوانين رجعية  
استثناء من مبدأ عدم الرجعية . وهو استثناء لم تكن بحاجة الى تقريره ،  
لو أنها بصرت بالفصل الفارق بين الأثر الرجعى والأثر المباشر للقانون  
الجديد . فأكثر القوانين التى تراها هذه النظرية رجعية وتبيح رجعيته استثناء ،  
هى في حقيقتها قوانين تسرى بأثر مباشر فتتناول ما يقع في ظلها ابتداء من  
يوم نفاذها دون تعقيب أو رجوع فيما تم قبل هذا النفاذ . ولو كان مثل هذا  
الاستثناء واجبا ، لانتهى الأمر — في غير دائرة العقود — حيث قوانين



النظام العام كثيرة ، الى اعتبار هذه الكثرة من القوانين رجعية فيما يتناوله في الحقيقة سلطانها المباشر ، ولما كان مفهوما حينئذ رفض رجعية القوانين الجنائية كمبدأ أساسى مسلم وهى فى طليعة القوانين المتعلقة بالنظام العام « ١ » . وهذا ما حدا ببعض أنصار هذه النظرية — كما سبق القول « ٢ » — الى أن يحدوا من مضمون « النظام العام » الذى تجوز رجعية القوانين المتعلقة به استثناء ، على غير أساس قانونى أو منطقى معقول « ٣ » .

### ثانيا - نظرية « ديجى » « ٤ »

#### فى التفرقة بين المراكز القانونية الموضوعية والشخصية

#### ١٩٥ - تمهيد

يرى « ديجى » أن اصطناع التفرقة التقليدية بين الحق المكتسب ومجرد الأمل ، قد أسهم الى حد كبير فى تضخيم صعوبات تطبيق مبدأ « عدم رجعية القوانين » ؛ وأن مثل هذه الصعوبات ما كانت لتشور لو أطرحت فكرة الحقوق المكتسبة ، ولو فهم أن القوانين فى خطابها للأفراد انما تواجه أعمالا (actes) أو مراكز (Situations) ، وأنه يجب لتحديد مدى

---

(١) Roubier, op. cit., t. 11, No. 87, p. 113

(٢) انظر سابقا ، ص ٤٢٣ و ٤٢٤ .

(٣) انظر ما سيرد بعد خاصة فى نقد التفرقة فى قوانين النظام العام بين ما يحمى منها مصلحة خاصة وما يحمى مصلحة عامة . وقد نسب اليها البعض ( سليمان مرقس ، المرجع السابق ، الطبعة الثالثة ، ص ١٨٥ ، هامش (٤) ) اننا اخذنا بهذه التفرقة ولو اننا انتقدناها . والصحيح اننا انتقدناها ( كتابنا ، محاضرات فى المدخل للقانون ، ص ٣١١ ) ، ولكننا لم نأخذ بها وانما قلنا أن « بعض أنصار النظرية التقليدية » هم الذين يقررونها (كتابنا، ص ٢٩٦) .

(٤) راجع فى ذلك :

Duguit, op. cit., t. 11, § 21, § 21 a, pp. 228-267.



تطبيقها في الزمان التمييز في شأنها بين ما تواجهه من هذه أو تلك «١» .

## ١٩٦ - القوانين المتعلقة بالأعمال

يرى « ديجي » أن حل التنازع الزماني بين القوانين المتعلقة بالأعمال حل بديهي ويسير لا يحتمل الخلاف . فكل عمل — سواء كان ماديا أو قانونيا — يحكم منطقا بالقانون الذي حدث في ظله ، ويظل محكوما بمثل هذا القانون وحده فلا يتأثر بأي تعديل قد يرد على هذا القانون من بعد «٢» . فالأعمال المشروعة والصحيحة وقت نشأتها طبقا للقانون السائد حينئذ ، تظل كذلك على وضعها من المشروعية والصحة دون تأثر بأي قانون جديد يأتي بعد حدوثها معتبرا مثل هذا النوع من الأعمال غير مشروع أو معدلا في شروطها الشكلية أو الموضوعية . والأعمال غير المشروعة أو غير الصحيحة طبقا للقانون السائد وقت حدوثها ، تظل على حالها من عدم المشروعية أو عدم الصحة رغم صدور قانون جديد يعتبر مشروعا أو صحيحا مثل هذا النوع من الأعمال . ولذلك يكون رجعا كل قانون يطبق على الأعمال الماضية السابق حدوثها ونشوتها قبل نفاذه «٣» .

وأهم تطبيق لهذا الحل هو أن القانون المنشئ لجريمة جديدة ، لا يجوز — والا كان رجعا — العقاب بمقتضاه على ما ارتكب قبل نفاذه من أفعال كانت مباحة وقت ارتكابها وطبقا للقانون السائد حينئذ . وكذلك فالفعل الذي لم تكن تترتب عليه المسؤولية التقصيرية طبقا للقانون الذي حدث في ظله ، لا ينقلب الى مرتب لها بمقتضى قانون جديد يعتبر مثل هذا النوع من الأفعال سببا من أسباب مثل هذه المسؤولية «٤» .

والتصرفات القانونية التي تمت أو أبرمت طبقا لشروط القانون السائد وقت تمامها أو ابرامها ، تظل صحيحة دون أن يستتبع بطلانها صدور قانون

Duguit, op. cit., t. 11, § 21, p. 231 (١)

Duguit, Ibid. (٢)

Duguit, op. cit., 11, § 21, p. 232. (٣)

Duguit, op. cit., § 21, p. 233. (٤)



جديد يتطلب شروط صحة جديدة . وكذلك فالتصرفات القانونية الباطلة طبقا للقانون الذى أبرمت فى ظله ، لا تنقلب صحيحة نتيجة تطبيق قانون جديد . ولذلك فإن العبرة فى صحة الوصية ، تكون بالقانون الذى حررت فى ظله لا بالقانون الذى توفى الموصى فى ظله «١» .

### ١٩٧ - القوانين المتعلقة بالمراكز القانونية

سبق أن أشرنا الى المنهاج التجريبي الذى أراد « ديجى » اخضاع القانون له «٢» ، وهو المنهاج الذى تأدى به الى انكار كثير من الأسس القانونية التقليدية وفى طليعتها فكرة الحق . وسوف نبسط القول من بعد فى شأن انكار هذه الفكرة «٣» . ولكن يعنينا فى هذا المقام أن « ديجى » خلص من انكار وجود ما يسمى بالحق الى القول بأن كل ما هنالك هو أن الأفراد يخضعون للقانون ، وأن نتيجة هذا الخضوع هى وجود كل منهم فى مركز قانونى معين ؛ اذ القانون ينشئ دعاوى أو وسائل قانونية معينة تهدف - بالحد من بعض الأفعال - الى كفالة مزايا لبعض الأفراد ، مما يضع هؤلاء الأفراد فى مركز قانونى معين ، دون أن يصح وصفهم لذلك بأنهم أصحاب حقوق كما كان يذهب الفقه التقليدى «٤» .

ومن فكرة «المركز القانونى» يستخرج « ديجى » الأصول التى يراها كفيلة بحل التنازع بين القوانين فى الزمان . وهو يفرق فى هذا الصدد بين نوعين من المراكز القانونية : المراكز الموضوعية ، والمراكز الشخصية .

**التفرقة بين المراكز القانونية الموضوعية والشخصية :** يرى « ديجى » أن المراكز القانونية التى يوجد الأفراد فيها اما « مراكز موضوعية »

(١) Duguit, op. cit., § 21, p. 235

(٢) راجع سابقا ، ص ١٥٧ وما بعدها .

(٣) انظر لاحقا ، الفصل الأول من الباب التمهيدى من القسم الثانى .

(٤) Duguit, op. cit., t. I, § 29, p. 307



(Situations objectives) واما « مراكز شخصية » (Situations subjectives) (١) ويقصد « ديجي » بالمراكز القانونية الموضوعية ، تلك التي تستمد من القانون مباشرة بحيث يستقل وحده بتحديد نطاقها ومداه . أما المراكز القانونية الشخصية فتتولد مباشرة عن الارادة وتتحدد بها . واختلاف المصدر على هذا النحو ، هو الذي يعين خصائص ما يولده أو ينشئه من مراكز .

فلكون المراكز القانونية الموضوعية تستمد من القانون مباشرة وتتحدد به « ٢ » ، فانها تكتسب نفس صفاته وخصائصه من العموم والدوام

(١) وقد كانت فكرة « المركز القانوني » كذلك هي الأساس الذي اقام عليه « بونكاز » (Bonnecase) بناء نظريته في حل التنازع الزماني بين القوانين . ولكنه يعمد الى تفرقة أخرى غير تفرقة « ديجي » ، فيفرق بين « المركز القانوني المجرد » (La situation juridique abstraite) وبين « المركز القانوني الواقعي » والمجسم (La situation juridique concrète) ؛ فيجعل الاول خاضعا لكل تعديل في القوانين ، بينما يجعل الثاني بمنأى عن سلطان كل قانون جديد . وعلى ذلك يكون رجعية القانون الذي يمس مركزا قانونيا واقعيا ، فمثل هذا المركز يجب أن يظل دائما محكوما بالقانون الذي نشأ في ظله ؛ ولكن لارجعية في مساس القانون الجديد بمركز قانوني مجرد .

انظر في تفصيل هذه النظرية :

Bonnecase, op. cit., t. II, Nos. 218-247, pp. 246-280.

وانظر خاصة في تقد ما تقوم عليه من الدفاع عن الاثر المستمر للقوانين القديمة ، ومن خلط بين الاثر الرجعي والاثر المباشر للقوانين الجديدة :

Roubier, op. cit., t. I, No. 37, pp. 333-339.

(٢) ولا يطعن في وصف بعض المراكز القانونية بالموضوعية أو بقلبها الى شخصية ، كونها لا تتولد الا عقب وجود تصرف ارادي معين ، كمركز الموظف يفترض قرار التعيين ومركز الزوج يفترض عقد الزواج ، ذلك أن نطاق مثل هذه المراكز ومداهما انما يستقل القانون بتحديدته تحديدا دائما وعمما غير شخصي ، ولا دور للتصرف الارادي في مثل هذا التحديد وانما يقتصر دوره على اعتباره شرطا لاعمال حكم القانون على اشخاص معينين فيما يحدده من مثل هذه المراكز .

( انظر : Duguit, op. cit., t. I, § 29, pp. 311, 312-; § 41, pp. 435, 436, t. II, § 21 a., p. 240 ).



والحجة في مواجهة الكافة . وبذلك تواجه هذه المراكز صفات معينة لا أشخاصا معينين ، وتكون — كالقانون مصدرها — دائمة ، بمعنى أنها لا تنقضى بالقيام بعمل من الأعمال التي يبيحها القانون كمظهر لها . ومن أمثلة هذه المراكز الموضوعية: مركز الناخب، ومركز الموظف، ومركز المالك، ومركز الزوج ، ومركز الابن الشرعى . فكل شخص تتوافر فيه صفة وشروط الناخب والموظف والمالك والزوج والابن الشرعى ، يوجد في مركز قانونى موضوعى معين يحكمه القانون ويستقل وحده بتحديد نطاقه ومداه «١» .

أما المراكز القانونية الشخصية ، فلكونها تنشأ وتتولد عن الإرادة مباشرة ، فإنها تكون خاصة ومؤقتة . فهي خاصة بمعنى أنه لا يستطيع أن يدعيها الشخص أو أشخاص معينون فرديا بالذات ولا تنتج أثرها الا في مواجهة شخص أو أشخاص معينين كذلك فرديا بالذات . وهى مؤقتة ، بمعنى أنه اذا تم الفعل المتعلق بها وسلكت وسيلة الدعوى التى تحميها، فإنها تزول دون أن تخلف أثرا أو تترك ثم مجالا لدعوى جديدة . والمثل البارز على هذه المراكز ، هو المراكز القانونية المتولدة عن العقد . فالمركز القانونى الناشئ عن عقد من العقود مركز فردى خاص ، بمعنى أنه لا يخص أو يمس الا طرفى التعاقد وحدهما وأن الدعوى لا تكون مقبولة الا فيما بينهما ، فغيرهما من الآخرين يكونون غرباء عن هذا المركز وعن الدعوى المتصلة به . وهو كذلك مركز مؤقت ، لأنه ينقضى بتنفيذ الالتزامات التى يفرضها العقد، سواء اختيارا أو عن طريق الاجبار بعد سلوك سبيل الدعوى الذى يخوله القانون . ومن قبيل المراكز القانونية الشخصية كذلك المراكز المتولدة عن الإرادة المنفردة ، مثل المراكز المتولدة عن أمر ادارى خاص «٢» .

**الرجعية تنحصر في المساس بمركز قانونى شخصى لا موضوعى :**

على ضوء التفرقة المتقدمة بين المراكز القانونية الموضوعية والمراكز القانونية

---

Duguit, op. cit., t., I, § 29, pp. 308-312 (١)

Duguit, op. cit., t., I, § 29, pp. 312-314 (٢)



الشخصية ، يبنى « ديجي » نظريته في حل التنازع بين القوانين في الزمان ، فيذهب الى أن القوانين الجديدة لا تملك — والا كانت رجعية — المساس بالمراكز القانونية الشخصية ، بينما تملك دائما — دون أن تعتبر رجعية — المساس بالمراكز القانونية الموضوعية القائمة «<sup>١</sup>» .

واعتبار مساس القانون الجديد بمركز قانوني شخصي من قبيل الرجعية ، انما يقوم على أساس أن مثل هذا المركز انما يتحدد نطاقه ومداه استقلالاً عن القانون بتصرف ارادي فردي صحيح ومشروع وقت ابرامه . فيكون في تمكين قانون جديد من تعديل مثل هذا المركز الشخصي الموجود من قبل مساسا بالتالي بالتصرف القانوني الذي ولده وفق القانون السائد وقت ابرامه ، ولا سلطان للقوانين الجديدة — والا كانت رجعية — على ما حدث قبل نفاذها من أعمال مادية كانت أو قانونية . فالقانون الجديد لا يملك اذن المساس بالمراكز القانونية الشخصية القائمة «<sup>٢</sup>» ، لأنه لا يملك — دون رجعية — المساس بما ولدها وحددها من تصرفات ارادية سابقة على نفاذه «<sup>٣</sup>» .

وعلى العكس من ذلك لا يعتبر القانون الجديد رجعيا اذا مس مركزا قانونيا موضوعيا قائما ، لأن هذا المركز انما يتحدد نطاقه ومداه بالقانون مباشرة ، بحيث يكاد يعتبر هو القانون نفسه من حيث تطبيقه ، فيكون من الطبيعي تأثره بكل تعديل يصيب القانون «<sup>٤</sup>» .

---

(١) Duguit, op. cit., t. 11, § 21 a., p. 238

(٢) راجع في تطبيقات هذا المبدأ :

Duguit, op. cit., t. v, § 26, pp. 308-327

(٣) Duguit, op. cit., t. 11, § 21 a., pp. 238, 239

(٤) ولا يغير من ذلك أن يكون المركز القانوني الموضوعي متوقفا تولده في حق بعض الأشخاص على وجود تصرف قانوني معين . فلا يمكن أن يقال ان في سريان القانون الجديد على مثل هذا المركز القانوني المتولد من قبل اية رجعية ، بدعوى أنه بذلك يمس عملا اراديا سابقا على نفاذه فيعدل من آثاره . =



وعلى ذلك ، فالقوانين المعدلة للحالة وأهلية الأشخاص تنطبق حتى على الأشخاص الذين اكتسبوا هذه الحالة أو تلك الأهلية قبل نفاذها ولو كان اكتسابهم لها نتيجة عمل ارادى . فالقانون الذى يعدل حالة التجنس ، ينطبق — دون أن يعتبر رجعيا — حتى على الأشخاص المتجنسين قبل نفاذه . ولكن من الواضح أن المركز القانونى القائم لا يمس التعديل الا من يوم نفاذ القانون الجديد ، فالقانون لا يملك أن يسرى فمس فى الزمان السابق على وجوده فعلا قد حدث أو مركزا قد نشأ صحيحا فيه ؛ ولذلك فالمركز القانونى الناشئ صحيحا قبل القانون الجديد يبقى صحيحا حتى نفاذ هذا القانون ، ولكنه يمكن أن يتعدل بالنسبة الى الزمن الذى يتبدى من هذا النفاذ «١» .

والقوانين التى تعدل شروط التمتع بحق الانتخاب والترشيح ومباشرتهما ، تنطبق — دون رجعية — على الأشخاص المكتسبين من قبل نفاذها مثل هذه الحقوق ، فهم فى مركز قانونى موضوعى يمكن تعديله أو الغاؤه فى أية لحظة بقانون جديد «٢» .

وكذلك فالقوانين التى تعدل نظام الزواج تنطبق — دون أن يكون لها أثر رجعى — على كل المتزوجين حتى ولو كانوا متزوجين قبل نفاذها ، كما هو الشأن فى قانون يبيح الطلاق بعد تحريمه أو يتوسع فى أسباب الطلاق ، لأن حالة الأشخاص المتزوجين مركز موضوعى متفرع عن القانون لا عن عقد الزواج الذى لم يكن الا شرطا لتطبيق القانون على الأزواج «٣» .

---

== ذلك ان مثل هذا المركز القانونى ليس اثرا لهذا العمل أو التصرف ، وانما هو يخرج مباشرة من القانون ويتحدد بمقتضاه ، وليس اعلان الارادة الا شرطا لتطبيق القانون — على شخص أو أشخاص معينين — بوضعهم فى المركز الذى يحدده القانون ( انظر سابقا ، هامش (١) ، ص ٤٣٢ ) ؛ ومادام هذا المركز يستقل القانون نفسه بتحديدده ، فمعنى ذلك خضوعه دائما للتعديل بمقتضاه ( انظر : Duguit, op. cit., t. II, § 21 a., p. 240 )

(١) Duguit, op. cit., t. II, § 21 a., p. 241

(٢) Duguit, op. cit., p. 244

(٣) Duguit, op. cit., p. 246



والقوانين المتعلقة بنظام الملكية والحقوق العينية تنطبق — دون رجعية — على كل الملكيات والحقوق العينية القائمة وقت نفاذها ، حتى ولو كانت متولده نتيجة تصرفات قانونية مبرمة في الماضي . فالتصرفات القانونية في ذاتها تبقى محكومة من حيث صحتها بالقانون السائد وقت ابرامها ، أما مركز الملاك وأصحاب الحقوق العينية ، فهي مراكز موضوعية عامة يحددها القانون فتخضع بالتالى لكل ما تأتى به القوانين الجديدة من تعديل . ولذلك فالقانون الجديد الذى يعدل مدة التقادم المكسب للملكية ينطبق حتى على أحوال التقادم الذى ابتداء جريانه فى ظل القانون القديم ، لأنه يعتبر قانونا معدلا لنظام الملكية « ١ » .

والقوانين التى تحكم مركز واختصاص الموظفين والمحاكم تنطبق على كل الموظفين حتى المعينين منهم قبل نفاذها ، وعلى كل المحاكم حتى المنشأة منها قبل هذا النفاذ « ٢ » .

#### ١٩٨ — نقد نظرية « ديجى » « ٣ »

يجب الاعتراف بأن نظرية « ديجى » تفضل النظرية التقليدية وتعتبر تقدما ملحوظا فى التأصيل الفقهي لمشكلة التنازع بين القوانين فى الزمان . ولكن ذلك لا ينفى الغموض عن هذه النظرية فيما تتخذه أساسا لحل هذه المشكلة من التفرقة بين المراكز القانونية الموضوعية والمراكز القانونية الشخصية . فيراعى من ناحية ، أن الصفات التى تقول هذه النظرية باختلافها فى النوعين من المراكز القانونية ليست كلها صحيحة ، فليس صحيحا القول بصفة مطلقة ان المراكز القانونية الموضوعية دائمة بينما

---

(١) Duguit, op. cit., p. 249

(٢) Duguit, op. cit., p. 250

(٣) انظر فى تفصيل نقد هذه النظرية خاصة :

Roubier, op. cit., t. I, No. 39, pp. 346-358; No. 69, pp. 588-591.

وانظر كذلك :

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 106, p. 175.



المراكز القانونية الشخصية موقوتة «<sup>١</sup>» . ويراعى من ناحية ثانية ، أنه ليس صحيحا القول بأن المراكز الموضوعية تصدر مباشرة عن القانون ، اذ القانون انما يقتصر على تحديد المراكز القانونية بصفة مجردة ، ولكن لابد — لكى تتحقق هذه المراكز المجردة واقعا — من تدخل وقائع قانونية معينة من فعل الطبيعة أو فعل الانسان «<sup>٢</sup>» ، وهذا ما لبث أن أدركه «ديجى» وحاول تفاديه عن طريق القول بأن هذه الوقائع تكون شرطا لتطبيق القانون فيما يحدده من مراكز .

ولذلك فاذا كانت هذه النظرية تجعل في الظاهر معيار التفرقة بين المراكز الموضوعية والشخصية هو المصدر الذى يولد ويحدد كلا من النوعين من المراكز ، فحيث يكون هو القانون يكون المركز موضوعيا ، وحيث يكون هو الارادة يكون المركز شخصا ، الا أنها فى الحقيقة لا تعتد بهذا المعيار بقدر ما تعتد بالصفة الفردية الخاصة الموقوتة أو بالصفة العامة الدائمة للمركز القانونى . وهنا تبدو عدم دقة هذه التفرقة، اذ ثمة مراكز قانونية تكون لها الصفة الخاصة الموقوتة ، كمركز محدث الفعل الضار ، ومع ذلك لا تعتبر عند هذه النظرية مراكز قانونية شخصية بل مراكز قانونية موضوعية . وفى اعتبارها كذلك ، ما يجعل للقانون الجديد — دون وصفه بالرجعية — مريانا عليها ومساسا بها ، رغم ما فى ذلك من تناقض مع ما تقدمه هذه النظرية من أن الأفعال والأعمال تحكم بالقانون الذى تحدث فى ظله بحيث لا يملك القانون — دون رجعية — المساس بما حدث قبل نفاذه منها . وهذا يكشف عن عدم وجود فاصل دقيق — عند هذه النظرية — بين الأعمال وبين ما يتولد عنها من مراكز قانونية .

وكذلك فان هذه النظرية تكاد تهدر ما تقرره من ضرورة احترام القانون الجديد للمراكز الشخصية حينما تعتبر الدعاوى التى تحمى هذه

---

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 39, pp. 349, 350

(٢) Roubier, op. cit., p. 350.



المراكز مجرد خلق من صنع المشرع بحيث تخضع دائما لآى تعديل  
قد يأتى به «١» .

### ثالثا - النظرية الحديثة

#### في التفرقة بين الأثر الرجعى والأثر المباشر «٢»

#### ١٩٩ - تمهيد

على أساس البصر بالتمييز بين الأثر الرجعى والأثر المباشر للقاعدة  
القانونية ، قامت نظرية جديدة لقيت ومازالت تلقى فى الفقه رواجاً كبيراً  
بعد أن تخلى الجانب الأكبر منه عن تأييد النظرية التقليدية ، دون أن ينحاز  
الى نظرية «ديجى» . وقد كان للفقيه الفرنسى الكبير «روبييه» (Roubier)  
فضل كبير فى بسط هذه النظرية والدعوة اليها فى كتابه القيم عن « تنازع  
القوانين فى الزمان » . وسنعمد آراءه فى ايضاح هذه النظرية - وان  
كانت تختلف فى شأن بعض التفاصيل الجزئية عن آراء بعض أنصارها  
الآخرين - اذ يبقى جوهر النظرية واحداً هو التفرقة بين الأثر الرجعى  
والأثر المباشر للقانون الجديد .

ونقطة البدء عند هذه النظرية أن القانون الجديد له أثر مباشر ، أى  
يسرى ابتداءً من يوم نفاذه ؛ وليس له أثر رجعى ، أى لا يسرى على  
ما يسبق يوم نفاذه . فسيان القانون الجديد فى الزمان اذن له وجهان :  
وجه سلبى هو انعدام أثره الرجعى ، ووجه ايجابى هو أثره المباشر .

---

(١) Roubier, op. cit., t. I, note (1) pp. 353, 354.

(٢) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Roubier, Les conflits de lois dans le temps, 2 vol., 1929-1933.

وانظر كذلك :

Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, Nos. 48 - 62. —  
Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 106 - 109. — Ripert et Boulanger, op.  
cit., t. I, Nos. 278 - 315.



فتكلم أولا في الوجه السلبي لسريان القانون الجديد في الزمان ، ثم في وجهه الايجابى .

## § ١ - انعدام الأثر الرجعى للقانون الجديد

### ٢٠٠ - القاعدة هى عدم الرجعية

القاعدة ان القانون الجديد ليس له أثر رجعى ، بمعنى أنه لا يرجع فيما تم في ظل الماضى . فهو لا يملك إعادة النظر فيما تم في ظل القانون القديم من تكون أو انقضاء « مركز قانونى » ( Situation juridique ) « ١ » أو من توافر بعض عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، أو من ترتب آثار معينة على مركز قانونى . فالعبرة اذن هى بمعرفة تاريخ تكون أو انقضاء المركز القانونى أو توافر ما اجتمع من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، أو تاريخ ترتب الآثار عليه . فان كان المركز القانونى قد تكون أو انقضى أو توافرت بعض عناصر تكونه أو انقضائه في ظل القانون القديم ، فلا يسى القانون الجديد هذا التكوين أو ذاك الانقضاء أو تلك العناصر ، والا كان رجعيا . وان كانت الآثار المتولدة من مركز قانونى قد ترتبت قبل نفاذ القانون الجديد ، فلا تأثير للقانون الجديد عليها ، اذ ليس له أثر رجعى . ونفصل ذلك فيما يلى :

### (١) تكوين أو انقضاء المراكز القانونية :

١ - لا تسرى القوانين المتعلقة بشروط تكوين أو انقضاء المراكز القانونية على المراكز القانونية التى تكونت أو انقضت فعلا قبل نفاذها ؛

---

(١) يفضل الأستاذ « روبيه » اصطلاح « المركز القانونى » على غيره من الاصطلاحات ، اذ يراه اوسعها جمعيا في هذا الصدد . فهو افضل عنده من اصطلاح « الحق المكتسب » ذى الصفة الشخصية الظاهرة ، بما يتيح صرفه الى مثل مركز القاصر والمحجور . وهو افضل عنده كذلك من اصطلاح « الرابطة القانونية » ( rapport juridique ) الذى يعنى عادة وجود علاقة مباشرة بين شخصين ، اذ قد يكون المركز القانونى منفردا وحجة في مواجهة الكافة .  
( Koubier, op. cit., t. I, No. 42, p. 378 ) .



فمن الرجعية أن ينقض القانون الجديد ما تم قبل نفاذه من تكوين أو انقضاء صحيح لمركز من المراكز القانونية «١» .

أما فيما يتعلق بالتكوين، فالتصرفات القانونية التي أبرمت مثلاً عرفية في ظل قانون لا يشترط الرسمية ، يظل إبرامها صحيحاً رغم صدور قانون يخضعها للشكل الرسمي . والتصرفات التي صدرت عن شخص يعتبر كامل الأهلية في ظل قانون معين لبلوغه سن الحادية والعشرين ، تظل صحيحة رغم صدور قانون بعد إبرامها يرفع سن الرشد إلى الخامسة والعشرين . واكتساب الملكية الذي تم — في ظل قانون معين — بمضى مدة وضع اليد المقررة فيه ، لا ينقضه صدور قانون جديد بعد ذلك يطيل هذه المدة «٢» .

وكذلك ففما يتعلق بالانقضاء ، لا يملك قانون جديد المساس دون رجعية بالمراكز القانونية السابق انقضاؤها . فانقضاء دين في ظل قانون معين بمضى مدة التقادم المقررة فيه ، لا يؤثر فيه صدور قانون بعد ذلك يطيل هذه المدة . وصدور قانون جديد يمنع تمام المقاصة بقوة القانون ، لا تأثير له على ما تم قبل نفاذه من انقضاء دينين بقوة القانون بهذه الوسيلة . وصدور قانون يرفع سن الرشد إلى الخامسة والعشرين بدل الحادية والعشرين ، لا يعيد إلى حال القصر من بلغ قبل نفاذه الحادية والعشرين ، والا كان رجعياً لاعادته النظر من جديد فيما تم في الماضي صحيحاً من انقضاء مركز القاصر .

ولكن من الواضح أن القوانين الجديدة التي تأتي معدلة لكيفية وشروط انقضاء مركز قانوني ، تنطبق دون رجعية على المراكز القانونية السابق تكوينها والتي لم تكن قد انقضت بعد عند نفاذها . ولذلك

---

Roubier, op. cit., t. I, No. 44, pp. 385, 386 (١) .

Roubier, op. cit., t. I, No. 44, p. 385 (٢) .



فالقانون الذى يرفع سن الرشد الى الخامسة والعشرين بدل الحادية والعشرين يسرى على كل من لم يكن قد بلغ عند نفاذه الحادية والعشرين فيبقيه قاصرا حتى بلوغ الخامسة والعشرين ، لأن مركزه كقاصر لم يكن قد انقضى قبل صدور القانون الجديد فيكون هذا الانقضاء محكوما بالقانون الجديد بما له من سلطان وأثر مباشر «١» .

٢ - أما اذا كانت المراكز القانونية تحتاج الى وقت طويل للتكوين أو الانقضاء ، أو كانت تحتاج فى ذلك الى اجتماع عدة عناصر لا تكتفى فى وقت واحد عادة ، وصدر قانون جديد يعدل من شروط التكوين أو الانقضاء قبل تمامه ، فلا يملك القانون الجديد - والا صار رجعيا - إعادة النظر فى عناصر التكوين أو الانقضاء التى اجتمعت وتوافرت فعلا فى ظل القانون القديم .

فالمركز القانونى الناشئ عن الوصية مثلا ، لا يتكون الا باجتماع عنصرين : ابرام الوصية من ناحية ، ووفاة الموصى من ناحية أخرى . فاذا صدر قانون جديد بعد ابرام الوصية وقبل وفاة الموصى ، فلا يسى هذا القانون ما تم من ابرام الوصية والا كان ذا أثر رجعى ؛ لأن ابرام الوصية قد تم فى ظل القانون القديم ، فيرجع اليه وحده فى شأن صحة ابرامها ، أى فى شأن صحة صدورها فى الشكل القانونى وتوافر الأهلية اللازمة فى الموصى . أما ما عدا ذلك فيخضع للقانون الجديد تطبيقا لأثره المباشر ، لأن تكوين المركز القانونى الناشئ عن الوصية لم يتم - رغم ابرامها فى ظل القانون القديم - الا بموت الموصى الذى حدث فى ظل القانون الجديد؛ ومن هنا يرجع فى تقدير النصاب الجائز فيه الايصاء مثلا الى القانون الجديد ؛ فاذا كانت الوصية بنصف التركة - وهو النصاب القانونى للايصاء طبقا للقانون القديم الذى أبرمت فى ظله الوصية - لم تنفذ الا فى



الثالث ، اذا كان القانون الجديد يحدد نصاب الايضاء بثلاث التركة «١» .  
وفي التقادم مثلا — وهو يحتاج الى مدة طويلة — لايسرى القانون الجديد الذى يصدر بعد بدئه وقبل تمامه ، على ما يجتمع فى ظل القانون القديم من العناصر التى تهتم تكوينه وتكون لها فى ذاتها قيمة قانونية معينة «٢» . ولذلك يكون المرجع فى شأن ما يحدث قبل نفاذ القانون الجديد من قطع أو وقف للتقادم ، الى القانون القديم الذى تم القطع أو الوقف فى ظله «٣» . ومن هنا فالقانون الجديد — رغم عدم تمام تكوين أو انقضاء المركز القانونى الا فى ظله — لا يملك ، ازاء انعدام أثره الرجعى ، الا التسليم بالعناصر التى تهتم هذا التكوين أو الانقضاء كما توافرت واجتمعت فعلا فى ظل القانون القديم .

## (٢) ترتب الآثار القانونية :

لا تسرى القوانين المتعلقة بآثار مركز قانونى على ما ترتب فعلا من آثار قبل نفاذها أى فى ظل القانون القديم . فاذا كانت الملكية تنتقل بمجرد العقد ، ثم صدر قانون يعلق انتقالها على تسجيل العقد ، كما حدث فى مصر عند صدور قانون التسجيل سنة ١٩٢٣ ، فهذا القانون لايسرى على العقود التى أبرمت قبل نفاذه ، ولا يمس الآثار التى ترتبت عليها ، أى لايسمى ما حصل فعلا من انتقال الملكية فى ظل القانون القديم . واذا كان الطلاق جائزا ، ثم صدر قانون بتحريمه ، فلا تأثير لهذا القانون

---

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 45, p. 388.

(٢) ولذلك فان مدة التقادم التى ابتدا جريانها فى ظل قانون معين ولكن دون أن تكتمل ، لا تكون لها فى ذاتها قيمة قانونية معينة اذ لا تثبت لها مثل هذه القيمة الا عند تمامها ؛ ولذلك يملك القانون دائما — دون رجعية — تعديلها قبل تمامها ( انظر : Roubier, op. cit., t. I, No. 45, pp. 390, 391 ) .

(٣) Roubier, op. cit., No. 45, p. 389.



على ما وقع من طلاق قبل نفاذه ، ولا على ما ترتب على هذا الطلاق في ظل القانون القديم من انحلال الزواج .

أما الآثار التي تستمر وقتا طويلا ، فما تم منها في ظل القانون القديم لا تأثير للقانون الجديد عليه لأنه لا يملك الرجوع فيما تم ، وما لم يتم منها في ظل القانون القديم يخضعه القانون الجديد لأثره المباشر فلا يعتبر ذلك رجعية منه . فالطلاق مثلا ترتب عليه بعض آثار تستمر وقتا طويلا كالنفقة وحضانة الأولاد . فإذا صدر قانون جديد يعدل من هذه الآثار ، فلا تأثير له على ما استحق فعلا من نفقة للمطلقة ولا على ما تم فعلا من حضانة الأولاد في ظل القانون القديم . إنما يسرى القانون الجديد على النفقة والحضانة ابتداء من وقت نفاذه ، أى يسرى على كل طلاق صدر في ظل القانون القديم ما دامت آثاره المتعلقة بالنفقة والحضانة لم تستنفد بعد بل ما زالت مستمرة في ظل القانون الجديد ؛ وليس في هذا السريان أى أثر رجعى ، لأن القانون الجديد لا يعيد النظر فيما تم في الماضى من طلاق وانحلال للزواج ، ولا فيما ترتب على ذلك من آثار في ظل القانون القديم أى فيما استحق من نفقة وتم فعلا من حضانة ، وإنما يكون لهذا السريان أثر مباشر لأنه ينسحب فقط على ما يترتب من هذه الآثار بعد نفاذه « ١ » .

## ٢٠١ - استثناءات عدم الرجعية

القاعدة اذن أنه ليس للقانون الجديد أثر رجعى ، أى ليس له أثر على ما تم في ظل القانون القديم من تكون أو انقضاء مركز قانونى ، أو ما اجتمع من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، ولا على ما ترتب في ظل القانون القديم من آثار متولدة من مركز قانونى .

---

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 47; t. II, No. 108, pp. 331, 332



ولا يرد استثناء على هذه القاعدة الا حيث ينص المشرع صراحة على الرجعية ، وحيث يكون القانون الجديد تفسيريا . وفي هذين الاستثناءين تتفق النظرية الحديثة مع النظرية التقليدية .

وقد تكلمنا من قبل عن نص المشرع الصريح على الرجعية ، اذ قلنا ان مبدأ عدم رجعية القوانين مبدأ يقيد القاضى ولا يقيد المشرع . وتبرر النظرية الحديثة الاختلاف بين القاضى والمشرع فى شأن التقيد بهذا المبدأ على أساس اختلاف وظيفة كل منهما عن وظيفة الآخر . فالقاضى — وهو مكلف بتطبيق القانون — تنحصر وظيفته أساسا فى الاعتراف بحالة قانونية سابقة ، أى البحث عن الآثار القانونية التى ترتبت فى الماضى ، وهو مالا يمكن الا على ضوء القانون الموجود وقت ترتب هذه الآثار القانونية «١» .

وتكلمنا كذلك من قبل عن الاستثناء الثانى الخاص بالقوانين التفسيرية . وتبرر النظرية الحديثة رجعية مثل هذه القوانين على أساس مالها من صفة خاصة ناشئة عن تحول المشرع فيها الى مجرد مفسر للقانون ، كالقاضى سواء بسواء . ولذلك يكون لهذه القوانين من الرجعية ما لتغير أحكام القضاء من رجعية ومن مدى لهذه الرجعية ، أى تكون رجعيتهما بالنسبة لما لم يفصل فيه نهائيا من القضايا «٢» .

غير أن النظرية الحديثة لا تسلم بالاستثناءين الآخرين اللذين توردهما النظرية التقليدية على مبدأ عدم الرجعية . فهى لا تقر رجعية القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب ، اذ ليس ثم ما يبرر عندها — بالنظر الى صفة القانون الجديد — تقض ما تم فى الماضى واعادة النظر فى المراكز القانونية التى تكونت أو اقضت أو فى عناصرها التى اجتمعت ، ولا فى الآثار التى ترتبت فعلا فى ظل القانون القديم ، خاصة وأن من أهم القوانين

---

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 53, pp. 431 - 433

(٢) Roubier, op. cit., t. I, No. 58, pp. 472 - 473.



المتعلقة بالنظام العام والآداب القوانين الجنائية التي ينمقد الاجماع على  
تحرير رجعيتهما كقاعدة عامة «١» .

وهي لا تقر كذلك اعتبار سريان القوانين الجنائية الأصلح للمتهم  
— على ما يقع قبل نفاذها من أفعال — سريانا رجعيا ، فهذا السريان عندها  
ليس الا تطبيقا للأثر المباشر لا الرجعي لهذه القوانين . فالمركز القانوني  
المرتتب على الجرم لا يتم تكوينه بمجرد ارتكاب الجرم ، بل لابد من  
صدور حكم قضائي ، اذ الحكم القضائي هنا — نظرا لامتناع العقاب  
دونه — يكون منشئا ( Constitutif ) لا مقرر ( déclaratif ) للمركز ؛ فهو  
مركز قانوني يتألف من عنصرين ، ولذلك اذا صدر قانون جديد — بعد  
ارتكاب الجرم وقبل صدور الحكم القضائي — بمحو الجريمة أو تخفيف  
العقاب ، فهذا القانون هو الذي يسرى بماله من أثر مباشر ، لأن الجرم — ان  
كان قد ارتكب في ظل القانون القديم — الا أن المركز القانوني الناشء عنه  
لا يتم تكوينه الا في ظل القانون الجديد «٢» .

## § ٢ - الأثر المباشر للقانون الجديد

٢٠٢ - ضرورة اكمال مبدأ عدم رجعية القانون الجديد بمبدأ اثره المباشر  
تري النظرية الحديثة أنه اذا كان من المقرر أن القانون الجديد ليس

---

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 63, pp. 529, 530; t. II, No. 87, pp. 109-115

(٢) Roubier, op. cit., t. II, No. 129, pp. 543 - 549

ويرى الأستاذ « روبييه » على العكس من ذلك أن القوانين الجنائية  
التي تنشئ جريمة جديدة أو تشدد العقاب على جريمة قائمة ، تكون رجعية  
اذا طبقت على أفعال ارتكبت في الماضي . ذلك أنه اذا كان للقانون الجديد دون  
رجعية سلطان على المصير المستقبل لمركز قانوني جار بمنعه من التكوين أو  
بالتضيق من آثاره ، فإنه لا يملك دون رجعية أن يجعل الجزء الذي توافر  
من هذا المركز في الماضي منتجا لآثار لم يكن ينتجها في ظل القانون القديم أو  
لآثار أقوى مما كان يستطيع انتاجها فيه ( Roubier, op. cit., t. II, No. 129, p. 547 ) .



له أثر رجعي ( *effet rétroactif* ) أى لا يمس ما تم فى الماضى ، فمن الخطأ  
الاقتصار — كما تفعل النظرية التقليدية — على مجرد تقرير هذا المبدأ ،  
اذ هو وحده لا يكفى لحل التنازع بين القوانين فى الزمان . فلتن كان  
مبدأ عدم رجعية القانون الجديد يمنع سريانه على ماتم من مراكز وآثار  
قانونية فى ظل القانون القديم ، الا أنه لا يفيد فى بيان أى القانونين  
— القديم أو الجديد — هو الأولى بالتطبيق والسريان فى شأن المراكز  
القانونية الجارية ، أى فى شأن ما يقع بعد نفاذ القانون الجديد ، ويكون  
مرتباً على ما تم فى ظل القانون القديم ، سواء لاستكمال تكوين أو انقضاء  
مركز قانونى أو لاستمرار ما ابتدأ فى الترتب من آثاره . لذلك ينبغى —  
الى جنب مبدأ عدم رجعية القانون الجديد — تقرير مبدأ أثره المباشر ،  
منعاً لاستمرار القانون القديم فى السريان بعد نفاذ القانون الجديد ؛ أى  
تقرير مبدأ سريان القانون الجديد على كل ما يقع بعد نفاذه ، حتى ولو كان  
مرتباً على وقائع أو مراكز نشأت فى ظل القانون القديم «١» .

وتقرير مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد على هذا النحو، يؤدى الى  
تحقيق ما يقتضيه النظام فى الدولة من وحدة القانون المطبق على المراكز  
القانونية ذات الطبيعة الواحدة ، ويتفادى ما يؤدى اليه المبدأ العكسى  
— وهو مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم — من ازدواج أو تعدد الأنظمة  
القانونية فى حكم مراكز متماثلة «٢» .

فالقانون الجديد اذن — بماله من أثر مباشر ( *effet immédiat* ) —  
تبدأ ولايته من يوم نفاذه ، ليس فقط على ما سوف ينشأ من مراكز قانونية  
فى ظله ، فذلك بديهى ؛ ولكن كذلك على المراكز القانونية التى بدأ تكوينها  
أو انقضاؤها فى ظل القانون القديم ولم يتم هذا التكوين أو الانقضاء الا

---

Roubier, op. cit., t. I, No. 65, pp. 547 - 557 (١)

Roubier, op. cit., t. I, No. 66, pp. 565 - 566. (٢)



في ظل القانون الجديد ؛ وعلى الآثار المستقبلية لمركز قانوني سابق تكون أو اتقضى في ظل القانون القديم ، أى على الآثار التي تترتب على هذا المركز ابتداء من يوم نفاذ القانون الجديد .

**(١) تمام ما بدأ في الماضي من تكوين أو انقضاء المراكز القانونية :**

يسرى القانون الجديد بمقتضى أثره المباشر على المراكز القانونية التي يتم تكوينها أو انقضاؤها في ظله ، وإن كان هذا التكوين أو الانقضاء قد بدأ في ظل القانون القديم ؛ بمعنى أن القانون الجديد يكون له أثر مباشر على عناصر هذا التكوين أو الانقضاء التي تتم في ظله ، أما العناصر التي تمت في ظل القانون القديم فلا يمسها القانون الجديد — كما سبق البيان — لانعدام أثره الرجعى .

ومن هنا فالقانون الذى يصدر بعد تحرير الوصية وقبل موت الموصى ، يسرى بما له من أثر مباشر — أى باعتباره القانون الذى استحدثت في ظله الوصية بموت الموصى بعد نفاذه — في شأن صحة الوصية من حيث الموضوع أى من حيث القدر الجائز فيه الايصاء ومن حيث صحة الشروط التي تتضمنها الوصية مثلاً ؛ ولكنه لا يسرى في شأن صحة الوصية من حيث أهلية الموصى أو من حيث الشكل ، لأنها حُررت منه في ظل القانون القديم فتكون محكومة من هذا الوجه به «١» .

والقانون الذى يصدر بعد بدء التقادم وقبل اكتماله ، هو الذى يسرى عليه بما له من أثر مباشر لأن اكتمال التقادم يتم في ظله ، ولكن دون مساس بما توافر من عناصره في ظل القانون القديم . فيخضع التقادم الجارى اذن للقانون الجديد ، فتطول مدته عن المقرر في القانون القديم ، ان أُطيلت

---

(١) أنظر سابقاً ص ٤٤١ و ٤٤٢ .



## في القانون الجديد «أ» .

### (٢) الآثار المستقبلية للمراكز القانونية الماضية :

يسرى القانون الجديد بمقتضى أثره المباشر على الآثار المستقبلية أى التى تترتب من وقت نفاذه على مراكز قانونية نشأت فى الماضى . أما الآثار الماضية أى التى ترتبت فعلا على هذه المراكز فى ظل القانون القديم ، فقد قلنا ان القانون الجديد لا يملك المساس بها تطبيقا لمبدأ عدم الرجعية .

فالقانون الجديد الذى يصدر معدلا لشروط نفقة المطلقة أو حضانة الأولاد ، يسرى بمقتضى أثره المباشر — كما سبقت الإشارة «٢» — على كل نفقة أو حضانة مستقبلية مترتبة على طلاق صادر فى ظل القانون القديم ، وان يكن لا تأثير له على ما استحق من نفقة وتم من حضانة قبل نفاذه . والقانون الذى يحرم الطلاق يسرى بمقتضى أثره المباشر على كل زواج قائم عند بدء نفاذه أى على كل المتزوجين فى ظل القانون القديم ، وان كان لا يملك ابطال ما تم من طلاق قبل نفاذه .

والقانون الذى يصدر معدلا لنظام الملكية وآثارها ، يسرى بمقتضى أثره المباشر على كل الملكيات الموجودة وقت نفاذه ، أى يسرى عليها

---

(١) أما ان قصرت المدة فى القانون الجديد ، فيراعى ان لا يؤدى سريان القانون الجديد الى اعتبار التقادم منتهيا فى ظل القانون القديم ، والا كان فى ذلك رجعية من القانون الجديد ، او الى اطالة مدة التقادم عن المدة الأطول المقررة فى القانون القديم ، مادام القانون الجديد يقصر المدة . ولذلك فالأصل ان يتم التقادم بانتهاء المدة الجديدة محسوبة ابتداء من يوم نفاذ القانون الجديد ؛ الا اذا كانت المدة المقررة فى القانون القديم تكتمل قبل تمام المدة الجديدة محسوبة منذ نفاذ القانون الجديد ، فيستمر تطبيق القانون القديم ويتم التقادم باكتمال مدته .

(Roubier, op. cit., t. II, No. 99, pp. 242, 243; t. I, p. 391, note (1) .

وقد اخذ المشرع المصرى بهذا الحل فى المادة الثامنة من التقنين المدنى الجديد كما سيرد البيان .

(٢) انظر سابقا ، ص ٤٤٣ .



بالنسبة الى المستقبل وحده ؛ أما الآثار التي ترتبت في الماضي ، فلا سلطان له عليها لانعدام أثره الرجعى .

### ٢٠٣ - الخروج على قاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد باخضاع المراكز

#### العقدية الجارية للأثر المستمر للقانون القديم

قلنا ان القانون الجديد يسرى بما له من أثر مباشر على المراكز القانونية السابقة والتي ما زالت جارية في ظله ، سواء من حيث تمام ما بدأ قبل نفاذه من تكوينها أو انقضائها ، أو من حيث آثارها المستقبلية التي تترتب مند هذا النفاذ . غير أنه يرد على هذا المبدأ استثناء وحيد خاص بالعقود ؛ اذ تظل المراكز العقدية الجارية ( Les situations contractuelles en cours ) — حتى بعد صدور قانون جديد — محكومة بالقانون الذى تكونت في ظله ، دون أن تخضع للأثر المباشر لهذا القانون الجديد . وبذلك يحل مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم محل مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد في شأن المراكز العقدية الجارية ، فيستمر القانون القديم — رغم تعديله أو الغائه — في حكمها بعد نفاذ القانون الجديد .

وواضح أن اعمال مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم في شأن المراكز العقدية الجارية ، انما يفترض وجود مراكز عقدية قائمة ومتكونة قبل نفاذ القانون الجديد . فلا يتأتى اعمال هذا المبدأ في شأن المراكز العقدية التي يدركها القانون الجديد وهى ما تزال في دور التكوين ، اذ لا يوجد حينئذ عقد أو مراكز عقدية بعد ، فيكون طبيعيا أن يخضع هذا التكوين — مع احترام ماتوافر من عناصره في ظل القانون القديم — للقانون الجديد وحده بمقتضى أثره المباشر «أ» . ولذلك فاذا كان للقانون القديم أثر مستمر في شأن المراكز العقدية الجارية ، فهو انما يتناول الآثار المستقبلية لهذه المراكز أى الآثار التي تترتب عليها بعد نفاذ القانون الجديد ، كما يتناول طرق



انحلالها • وعلى ذلك ، فاستثناء من قاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد ، تظل المراكز العقدية المتكونة في ظل قانون قديم ، سواء فيما يتعلق بآثارها المستقبلية أو طرق انحلالها ، خاضعة — بعد نفاذ القانون الجديد — للقانون القديم وحده «<sup>١</sup>» •

(١) تبرير الاستثناء : تؤسس النظرية الحديثة هذا الاستثناء على انتفاء الحكمة من اعمال الأثر المباشر للقانون الجديد في شأن المراكز العقدية الجارية • فالأثر المباشر للقانون الجديد إنما يبرر عندها بما يحققه من وحدة القانون في الدولة ، تلك الوحدة التي هي أساس النظام في الروابط والعلاقات القانونية ؛ فلو لم يطبق مبدأ الأثر المباشر ، لتعددت القواعد القانونية التي تحكم مراكز قانونية متماثلة ، مما يشيع الفوضى والاضطراب في المعاملات • بينما الأصل في المراكز العقدية ، هو تفاوتها وتنوعها تنوعا كبيرا نتيجة ما لارادة الأفراد من سلطان في تحديدها ؛ ولذلك فليس لاعمال الأثر المباشر — وهو الذي يهدف الى توحيد القواعد القانونية التي تحكم المراكز المتماثلة — من فائدة بشأنها ، فيبقى للقانون الذي تكونت في ظله سريانه عليها حتى بعد نفاذ القانون الجديد «<sup>٢</sup>» •

(٢) مدى الاستثناء : اذا كان للقانون القديم أثر مستمر في شأن طرق انحلال أو انقضاء المراكز العقدية الجارية وفي شأن آثارها المستقبلية ، فليس هذا الاستثناء بالمطلق ، بل هو محدود في مداه بقدر الحكمة من تقريره • وقد رأينا هذه الحكمة كامنة في تنوع واختلاف المراكز العقدية اختلافا تنتقئ معه الحاجة الى اعمال مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد في شأنها بما يقوم عليه من توحيد القواعد القانونية التي تحكم مراكز متماثلة • ولذلك فحيث تتحدد هذه المراكز — رغم استنادها الى عقد من العقود — بمقتضى القانون وحده ومباشرة ، لا توجد حكمة — ووحدتها مفروضة

(١) Roubier, op. cit., t. II, No. 85, p. 89; No. 152, p. 769

(٢) Roubier, op. cit. t. I, No. 66, pp. 565-568; No. 69, pp. 597-600



بالضرورة - في اعفائها من سلطان الأثر المباشر للقانون الجديد واخضاعها للأثر المستمر للقانون القديم استثناء • أما حيث تستقل الإرادة بتنظيم هذه المراكز وتحديد آثارها ، فإن هذه المراكز تكون بالطبيعة مختلفة ومتفاوتة بتفاوت العقود وتفاوت ارادات الأفراد ، مما تنتهي معه الحاجة الى توحيدها باخضاعها للأثر المباشر للقانون الجديد ؛ فلا يوجد حينئذ حرج في استمرار خضوعها - بعد نفاذ القانون الجديد - لسلطان القانون القديم • والبصر بذلك يقود الى التفرقة بين العقد أو المركز العقدى وبين النظام القانونى ( Le statut légal ) « ١ » • فحيث يتعلق الأمر بنظام قانونى ، تبقى العقود الجارية محكومة - في آثارها المستقبلية وطرق انحلالها - بالقانون الجديد طبقا لقاعدة أثره المباشر ، دون أن يجرى عليها حكم الاستثناء المقرر من الخضوع للأثر المستمر للقانون القديم • وبذلك ينحصر الأثر المستمر للقانون القديم فى حكم العقود الجارية حيث لا يتعلق الأمر بنظام قانونى معين « ٢ » •

---

(١) Roubier, op. cit., t. II, No. 86, p. 106

(٢) يعتبر الأستاذ « روبييه » القانون متعلقا بنظام قانونى اذا كان يواجه مراكز قانونية لها اساسها المادى والواقعى بوجه ما من الاشخاص والاشياء ، ويقيم مباشرة على هذا الاساس شبكة من السلطات والواجبات تهم الكافة ، كالزواج والتبنى والملكية • وعلى العكس من ذلك ، يكون القانون عقديا غير متعلق بنظام قانونى اذا كان يواجه مركزا له اساس مجرد بوجه ما ، بمعنى انه تنشأ حول الشبكة المتقدمة مجموعة من الحقوق والالتزامات بين اطراف العقد تكون لهم الحرية فى تحديداتها ولا تهم غالبا غيرهم •

فالاساس اذن هو النظام القانونى الذى تتجمع حوله او تقوم عليه روابط قانونية معينة تتمثل فى المراكز العقدية • لذلك يكون طبيعيا ، والنظام القانونى هو المركز القانونى الاساسى والمراكز العقدية هى المراكز المبنية فوقه ، ان تتأثر هذه المراكز بكل ما يصيب النظام القانونى من تعديل ، فتخضع العقود الجارية حتما للقانون الجديد وسلطانه المباشر ، اذ لا يتصور حينئذ بقاؤها على النظام القديم والا أصبحت معلقة فى الفضاء بعد ان انهار هذا النظام او تغير • اما اذا لم يكن القانون الجديد متعلقا بنظام قانونى بل كان مجرد « قانون عقدي » (Loi contractuelle) لتحديد الأوضاع التى يواجهها بإرادة المتعاقدين أساسا،



وعلى ذلك ، يكون اعمال قاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد أو اعمال الاستثناء الوارد عليها بتقرير أثر مستمر للقانون القديم مرتتها بوجود أو عدم وجود نظام قانوني ، وذلك دون اعتبار لما قد يكون للقانون الجديد من صفة آمرة لتعلقه بالنظام العام والآداب . فتظل العقود خاضعة — في آثارها المستقبلية وطرق انحلالها — للقانون القديم وحده ، حتى ولو كان القانون الجديد آمرا متعلقا بالنظام العام والآداب «<sup>١</sup>» ، طالما أنه لا يخص أو يمس نظاما قانونيا أى طالما أنه يقتصر على دائرة العقود ويخاطب أطرافها بوصفهم متعاقدين فحسب .

ولذلك فرغم تعلق القانون الصادر بتخفيض الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية بالنظام العام ، فلا مساس له بالفوائد المستحقة بعد نفاذه بمقتضى عقود مبرمة في ظل قانون قديم على أساس ما كان يقرره من حد أقصى مرتفع «<sup>٢</sup>» ؛ فتظل هذه الفوائد واجبة الدفع — بعد نفاذ القانون الجديد وتخفيضه حدها الأقصى — على أساس الحد الأقصى

---

== أيا كان مدى سلطانها ضيقا أو اتساعا ، فلا سلطان له على العقود المبرمة قبل نفاذه والجارية في ظله ، بل تبقى هذه العقود محكومة — بعد نفاذه — بالقانون الذى أبرمت في ظله . ( انظر Roubier, op. cit., t. II, No. 88, pp. 122-124 )

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 72, pp. 620-623; t. II, No. 84, p. 78  
et s., No. 87, pp. 120, 121.

ومع ذلك ، ينسب بعض الفقهاء ( عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ١٨٥ ، ص ٢٥٦ ) الى الأستاذ « روبييه » عكس هذا الراى ، رغم انه قد ناقش طويلا الراى القائل بوقف الأثر المستمر للقانون القديم فى شأن العقود اذا كان القانون الجديد آمرا متعلقا بالنظام العام ، وانتهى الى القطع برفض هذا الراى . ( انظر : Roubier, op. cit., t. II, No. 87, pp. 115-135 )

(٢) وعلى العكس من ذلك ، يطبق القانون المخفض للحد الأقصى لسعر الفوائد القانونية على الديون — حتى العقدية — الناشئة قبل نفاذه ، ولكن بالنسبة لما يستحق من هذه الفوائد بعد هذا النفاذ . اذ القانون الجديد لا يعتبر متعلقا بالعقود او قاصرا عليها ، بل هو يخص كل حقوق الدائنية أيا كان مصدرها عقديا او غير عقدي ، فيكون لذلك متعلقا بالنظام القانوني للالتزامات . ( Roubier, op. cit. t. II, No. 78, pp. 21-23; No. 87, p. 120 )



القديم «١» ، لأنه الحد الذي كان مشروعا وقت انعقاد العقد ، والمراكز العقدية تظل محكومة دائما في آثارها المستقبلية بالقانون الذي تكونت في ظله رغم صدور قانون جديد معدل لهذه الآثار طالما أنه لا يتعلق بنظام قانوني . ولا يوجد هنا نظام قانوني ، اذ لا يهدف القانون الجديد الا الى تحديد الاتفاقات العقدية الممكنة والحد من سلطان المتعاقدين في هذا الشأن ، فهو محصور اذن في نطاق العقد ويخاطب الأفراد بوصفهم متعاقدين فحسب «٢» .

ولكن القوانين المتعلقة بالزواج تتناول بآثارها المباشرة كل زواج قائم عند تفاذه ولو كان معقودا قبله ، دون أن يتأتى استبعاد سريانها على أساس القول بأن مراكز الأزواج انما تستند الى عقود ماضية ، والعقود تخضع — حتى في آثارها المستقبلية وطرق انحلالها — للقانون القديم الذي أبرمت في ظله . ذلك أن الأمر هنا يتعلق بنظام قانوني معين هو نظام الزواج . وهو نظام موحد يفرضه القانون دون اعتداد بإرادة الأفراد ؛ اذ ليست إرادة الزوجين هي التي تحدد في عقد الزواج آثاره من حقوق الزوجين وواجباتهما ، فليس لهذه الإرادة في الواقع من سلطان الا مجرد التراضي على اختيار الدخول في النظام القانوني للزواج كما يعين القانون قواعده ويستقل بتحديداتها «٣» . فمركز الزوجين اذن ليس عقديا بالمعنى المفهوم الذي تستقل الإرادة بتنظيمه وتحديد آثاره ، نظرا لتعلقه بنظام

---

(١) بل ويذهب الأستاذ « روبيه » الى حد القول بأن سريان القانون الجديد على الفوائد الاتفاقية المستحقة بعد نفاذه هو سريان رجعي ، وان تكن رجعيته مخففة ( *rétroactivité tempérée* ) ؛ لأنه بذلك انما بعيد النظر في الواقع في تكوين العقود المقررة لهذه الفوائد والتي أبرمت في ظل القانون القديم ، اذ يرجع الى الماضي ليصل الى أن يشل جزئيا شرطا كان صحيحا وقت اشتراطه ( *Roubier, op. cit., t. I, No. 64, p. 544; t. II, No. 84, pp. 80, 81* )

(٢) *Roubier, op. cit., t. I, No. 72, p. 624; t. II, No. 87, p. 120*

(٣)

*Roubier, op. cit., t. I, No. 69, p. 598; No. 70, pp. 602, 603, 605; t. II No. 88, p. 122.*



قانونى موحد لا يكون العقد الا شرطا لدخولهما فيه وخضوعهما لأحكامه .  
لذلك يكون من الطبيعى أن يسترد القانون الجديد سلطانه المباشر عليه ،  
ما دام الزواج — وهو نظام قانونى — يفترض الوحدة ؛ ولا وجه فى الأصل  
لتجوز امتداد سلطان القانون القديم واستمراره الا حيث يتصور  
التعدد والتفاوت .

وكذلك الشأن فيما يتعلق بالحقوق العينية ، فالأصل أن القانون  
يعددتها على سبيل الحصر ويعين مضمونها ويحدد المراكز القانونية لأصحابها  
بما تتضمنه من حقوق والتزامات . وكذلك فاذا كان لارادة الأفراد من  
سلطان فى هذا الشأن ، فهو سلطان التصرف بإنشاء أو نقل أو انقضاء هذه  
الحقوق ، لا سلطان تنظيم ما يتفرع عنها من مركز قانونى «<sup>١</sup>» . فالأمر  
اذن يتعلق بنظام قانونى هو نظام الحقوق العينية ، ولا يكون للعقود التى  
يبرمها الأفراد من دور فى هذا الشأن الا مجرد تقرير الدخول فى هذا النظام  
كما يحدده القانون . فالعقود الناقلة للملكية أو المقررة لحق الانتفاع  
لا ينظم المتعاقدان فيها حق الملكية أو حق الانتفاع أو يحددان آثاره ،  
وانما يقتصران على نقل الملكية من أحدهما الى الآخر أو على تقرير الانتفاع  
لأحدهما اقتطاعا من حق ملكية الآخر ، بحيث يدخل من انتقلت اليه الملكية  
أو تقرر له الانتفاع فى النظام الموحد الذى يضعه القانون لهذه الحقوق ،  
ويخضع لأحكامه . ولذلك يكون من الطبيعى أن تسرى القوانين المتعلقة  
بهذه الحقوق فور نفاذها بمقتضى أثرها المباشر ، دون أن يعطل من هذا  
السريان لحساب الأثر المستمر للقانون القديم كون هذه الحقوق قد انتقلت  
أو تقرر لبعض الأشخاص بمقتضى عقود مبرمة فى الماضى ؛ اذ الأمر ليس  
أمر عقود ، بل هو أمر نظام قانونى يفترض الوحدة ويستبعد  
التعدد والتفاوت .

وكذلك الشأن فى القوانين المتعلقة بالعملة أو النقد فى الدولة ،



والقوانين المتعلقة بالضرائب ، وقوانين العمل ؛ فهي تسرى بأثر مباشر على ما يترتب بعد نفاذها من آثار بمقتضى عقود مبرمة في الماضي . ذلك أن هذه القوانين لا تواجه في الواقع مراكز عقدية ، اذ هي لا تقتصر على دائرة العقود وحدها أو تخاطب الأفراد بوصفهم متعاقدين فحسب ، وانما هي تتعلق بنظم قانونية معينة كالنظام النقدي والنظام الضريبي ونظام العمل ؛ وهي نظم موحدة تجاوز دائرة العقود وتخاطب الأفراد بوصف آخر غير وصفهم كمتعاقدين ، فقوانين العملة تخاطبهم بوصفهم أفرادا في الدولة ، وقوانين الضرائب تخاطبهم بوصفهم ممولين ، وقوانين العمل تخاطبهم بوصفهم عمالا أو أرباب أعمال .

ولذلك فالقانون الذي يصدر بتخفيض قيمة العملة في الدولة يسرى بأثره المباشر على الآثار المستقبلية لعقود القرض المبرمة قبل نفاذه ، فيجب رد النقود المستحقة بمقتضاها ابتداء من نفاذ القانون الجديد بعددها وقيمتها الحسائية رغم ما قرره القانون الجديد من الهبوط بقيمتها الحقيقية . والقانون الصادر بفرض سعر الزامي للعملة الورقية يسرى بأثر مباشر على الآثار المستقبلية للعقود التي عقدت في الماضي وكان مشروطا فيها الدفع بالذهب ، فيصبح الدفع بمقتضاها واجبا بالورق ابتداء من يوم نفاذ هذا القانون . والقانون الصادر بفرض ضريبة جديدة على المستأجرين مثلا ، يسرى منذ نفاذه بأثر مباشر على كل مستأجر ولو كان عقد الايجار مبرما قبل هذا النفاذ . وقوانين العمل يجب أن تسرى بأثر مباشر — لتعلقها بنظام قانوني هو نظام العمل — على الآثار المترتبة منذ نفاذها على عقود العمل الجارية والمبرمة قبل هذا النفاذ ، ما دامت تخاطب العمال وأرباب الأعمال بوصفهم المهني لا بوصفهم التعاقدى «<sup>١</sup>» .

**والخلاصة من فقه النظرية الحديثة :** أن القانون الجديد ، من ناحية ، ليس له أثر رجعي ، أي لا يملك المساس بما تم في الماضي من تكوين أو



انقضاء مراكز قانونية، أو ما اجتمع فيه من عناصر هذا التكوين والاقضاء  
أو ما ترتب فيه من آثار قانونية ؛ ولا استثناء من ذلك الا بنص تشريعى  
صريح أو بقانون تفسيرى . ومن ناحية أخرى يكون للقانون الجديد أثر  
مباشر فيسرى على كل ما يقع بعد تفاذه ولو كان مترتبا على مركز قانونى  
سابق؛ ولا يستثنى من ذلك الا المراكز العقدية غير المتعلقة بنظام قانونى التى  
يستقل الأفراد بتنظيم آثارها بإرادتهم ، اذ تظل آثارها المستقبلية وطرق  
إنحلالها أو انقضائها محكومة بالقانون القديم الذى تكونت فى ظله . وواضح  
أن المشرع يملك بنص صريح منه الخروج — فى شأن المراكز غير العقدية —  
على قاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد وتقرير مبدأ الأثر المستمر للقانون  
القديم «١» ، أو الخروج — فى شأن المراكز العقدية — على مبدأ الأثر  
المستمر للقانون القديم واخضاعها للأثر المباشر للقانون الجديد «٢» .

#### ٢٠٤ - تقدير النظرية الحديثة

لعل مما يحمد للنظرية الحديثة ما تمتاز به من وضوح التفرقة بين الأثر  
الرجعى والأثر المباشر للقوانين الجديدة ؛ وهى تلك التفرقة التى غفلت  
عنها وعن أهميتها النظرية التقليدية ، فحدث بذلك من اعمال القوانين  
الجديدة على المراكز القانونية الجارية أو على آثارها المستقبلية ، أو اضطرت  
الى اعمالها فى بعض الحالات بوصفها قوانين رجعية ، مع تبرير هذا  
الخروج على مبدأ عدم الرجعية بتبريرات مختلفة مشكوك فى قيمتها «٣» .  
وكذلك فان منطق النظرية الحديثة فى فهم معنى الرجعية فهما واقعيا  
وفى اقامة حد فاصل دقيق بين الأثر الرجعى والأثر المباشر للقوانين الجديدة  
قد يساعد على تبرير ، ما كانت تقصر عن تبريره النظرية التقليدية  
خاصة ، من ضرورة عدم مساس القوانين الجديدة — فى شأن

---

(١) Roubier, op. cit. t. I, No. 73, pp. 629, 630

(٢) Roubier, op. cit., t. I, No. 72, pp. 617, 618

(٣) راجع سابقا ، ص ٤٢٧ - ٤٢٩ .



ما تدركه من مراكز قانونية ما تزال في دور التكوين أو الانقضاء - بما اجتمع أو توافر في الماضي من العناصر التي تهم هذا التكوين أو الانقضاء ما دامت لها في ذاتها قيمة قانونية معينة ، على أساس اعتبار هذا المساس رجعية غير جائزة ، رغم أن هذه العناصر لا تؤلف الحق المكتسب الذي يعتبر المساس به هو الرجعية عند النظرية التقليدية «١» .

ولكننا نأخذ على النظرية الحديثة أنها - وهي بسبيل وضع الفاصل بين الأثر المباشر للقانون الجديد والأثر المستمر للقانون القديم - قد عمدت الى اقامة تفرقة بين المركز العقدي المحض وبين النظام القانوني . وهي تفرقة غير محكمة أو منضبطة ، لا تلبث أن تفتح الباب واسعا لخلافات كثيرة حولها ، وتجعل حلول التنازع الزماني في هذا الشأن قلقلة غير مستقرة «٢» .

ومن الأمثلة على ذلك ما يعيبه الأستاذ « روييه » على قضاء محكمة النقض الفرنسية من تطبيق القانون القاضي بإبطال الشروط التي تحد من ميعاد الاخطار عند انتهاء عقد العمل غير المحدد المدة بالارادة المنفردة تطبيقا بأثر مباشر ابتداء من تفاذه على عقود العمل الجارية والمبرمة قبل هذا النفاذ . فهو يرى أن هذا القانون متعلق بمركز عقدي لا بنظام قانوني لأنه يخاطب العمال وأرباب الأعمال بوصفهم التعاقدى لا بوصفهم المهني ، فلا يتعلق اذن بنظام المهنة أو نظام العمل وإنما يتعلق بالعقد نفسه «٣» ؛ ولذلك كان ينبغي اطراح تطبيقه منذ تفاذه على العقود السابقة وتقرير مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم الذي أبرمت هذه العقود في ظله . ولكن كيف يمكن في مسائل العمل بالذات فصل المركز العقدي عن النظام القانوني للعمل ، وعلاقات العمل تقوم أساسا على العقد ؟ وماذا يمنع في المنطق

(١) راجع سابقا ، ص ٢٦ و ٢٧ .

(٢) قرب من ذلك :

عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ١٨٩ ، ص ٢٥٧ .

(٣) Roubier, op. cit., t. II, No. 88, pp. 132, 133



من القول بأن اهدار سلطة المتعاقدين في الحد من ميعاد الاخطار عند انتهاء عقد العمل بالارادة المنفردة يتعلق بنظام العمل نفسه ، ما دام مؤسسا — على حد قول محكمة النقض الفرنسية «<sup>١</sup>» — على أسس من الصالح الاجتماعي وحماية العمل ، مما ينبغي معه تقرير سريان النص الخاص به سريانا مباشرا ابتداء من نفاذه ؟ •

ولعل عدم انضباط التفرقة التي يقيمها الأستاذ « روبييه » بين المركز العقدي والنظام القانوني ، هو الذي حدا ببعض أنصار نظريته الى العدول عنها وادخال فكرة « النظام العام » كعامل يحد من اطلاق اعمال مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم في شأن الآثار المستقبلية للعقود وطرق انحلالها . وهم في ذلك يستهدون بأحكام القضاء ويستخلصون منها — رغم تحاشيها التصريح — ان استمرار سريان القانون القديم في شأن الآثار المستقبلية للعقود وطرق انحلالها ، يجب أن يقف أمام تعلق القانون الجديد بالنظام العام • ولكنهم لا يطلقون فكرة « النظام العام » كما يقضى بذلك مفهومها في شأن القوانين الآمرة التي ينعدم سلطان ارادة الأفراد ازاءها ، وانما يحصرون فكرة النظام العام — في مجال مشكلة التنازع بين القوانين في الزمان — في نطاق خاص محدود «<sup>٢</sup>» ، يتعين بقوانين النظام العام ذات الأهمية القصوى والخطورة البالغة التي يكون في استمرار ابقاء العقود الماضية الجارية محكومة بالقانون القديم بالمخالفة لها ما يتهدد بخطر

(١) راجع في الإشارة الى ذلك :

Roubier, op. cit., t. II, No. 88, p. 132.

(٢) Beudant et Béquignon - Lagarde, op. cit., t. I, No. 247. —

Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 62, pp. 59 et 60. —

De La Morandière, L'ordre public en droit privé interne, Etude Capitant, notamment pp. 400, 401. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 108, p. 183. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 314.

وانظر في الاخذ بهذا المعنى في القانون المصري :

سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١١٠ ، ص ١٦٤ — ١٦٦ •



جسيم جدى نظام الجماعة العام نفسه «١» . وهذا ما يعبر عنه البعض بقولهم ان قوانين النظام العام التى يجب سريانها فور تفاذها بأثر مباشر حتى على الآثار المستقبلية للعقود الماضية هي قوانين النظام العام التى تحمى مصلحة عامة ، دون غيرها من قوانين النظام العام الأخرى التى لا تحمى الا مجرد مصلحة خاصة «٢» .

ولكن التفرقة بين قوانين النظام العام على هذا النحو لا تزيد الأمر وضوحا أو تبديد انبهام وعدم انضباط التفرقة الأولى بين « المركز العقدى » و « النظام القانونى » . فهذه التفرقة الجديدة ينقصها التحديد كسابقتها : اذ تجعل قوانين النظام العام درجات تتفاوت من حيث الأهمية والخطورة دون أن تعنى بتحديد معيار هذا التفاوت . أو تجعل هذه القوانين مختلفة باختلاف المصالح التى تحميها ، رغم استعصاء الفصل بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة نظرا لاختلاطهما فى أغلب الأحيان ، ورغم انعدام الحكمة من مثل هذا الفصل ما دامت هذه القوانين كلها — حتى ولو كان هدفها المباشر فى بعض الأحوال حماية بعض المصالح الخاصة — تتعلق بأسس رئيسية فى بناء الجماعة تعلقا يحتم منع كل مخالفة لها .

---

(١) H., L. et J. Mazeaud, op. cit., t. I, No. 148

ولكن يراعى أن ثمة خلطا عند هؤلاء المؤلفين فى شأن سريان هذه القوانين المتعلقة بالنظام العام على الآثار المستقبلية للعقود ، بين اعتبار هذا السريان سريانا مباشرا أو سريانا رجعيا .  
انظر ، فى اشارتنا الى اعتبارهم هذا السريان رجعيا ، سابقا هامش (١) ، ص ٤٢٣ .

(٢) Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, No. 48

وقد سبق أن اشرنا الى أن استاذينا السنهورى وأبو ستيت يأخذان بهذا المعنى ، ولكن على أساس اعتبار سريان قوانين النظام العام التى تحمى مصلحة عامة سريانا رجعيا استثناء لاسريانا مباشرا ( انظر سابقا ، هامش (١) ص ٤٢٣ و ٤٢٤ ) .



وبذلك تنتهى هذه التفرقة — كسابقتها — الى ما يشبه العدول عن تحديد نطاق سلطان كل من القانون القديم والقانون الجديد فى شأن الآثار المستقبلية للعقود ، اذ ترك النطاقين مختلفين دون حد واضح فاصل . وكأنها بذلك تنتهى الى اعطاء القضاء سلطة تقديرية مطلقة فى وضع هذا الحد فى صدد كل حالة بخصوصها ، وليس فى ذلك ما يعين على تحقيق ما يجب من تحديد واستقرار لحلول مشكلة التنازع الزمانى بين القوانين ؛ فتلك اذن منطقة فراغ فى بناء النظرية الحديثة .

وكذلك نأخذ على النظرية الحديثة أنها تعتبر — كالنظرية التقليدية وان لم يكن لنفس السبب — القوانين التفسيرية قوانين رجعية استثناء . اذ الواقع أن لارجعية فى الأمر ، لأنه لا يوجد تنازع حقيقى بين قاعدتين قانونيتين على مدى السريان فى الزمان «١» . فالقاعدة القانونية الجديدة ليست الا تفسيراً لحكم القاعدة القانونية القديمة ، أى انها ليست بقاعدة تعقبها فى الزمان لتغير من حكمها أو مضمونها ، بل تبقى القاعدة القانونية القديمة كما هى لا تتغير بصدد القاعدة التفسيرية ، وانما الذى يتغير هو تفسيرها فقط ؛ وليس فى تفسير قاعدة قانونية قائمة على وجه دون آخر ، ولا فى الرجوع عن تفسير سبق بشأنها — سواء كان التفسير أو الرجوع من جانب المشرع أو من جانب القاضى — أى أثر رجعى ، لأن القاعدة التى تطبق واحدة هى القاعدة القديمة ، وان يكن تفسيرها قد تحدد من بعد على وجه معين .

#### ٢٠٥ — النظريات الفقهية واحكام القضاء فى مشكلة التنازع الزمانى

تلك هى النظريات الفقهية فى تأصيل حل مشكلة التنازع بين القوانين فى الزمان . ورغم اختلاف هذه النظريات فيما تقوم عليه من أسس ، فان

---

(١) انظر فى الاشارة الى انصار هذا الراى :

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 58, p. 469 et note



الحلول العملية التي تنتهي اليها تكاد تكون واحدة ، فالخلاف العملي بينها اذن ليس كبيرا ، وانما يكاد ينحصر الخلاف بينها في تكييف هذه النتائج . ومرد ذلك الى ان هذه النظريات لم تقم الا على تفسير وتبرير أحكام القضاء في شأن التنازع بين القوانين في الزمان ، فهي لم تبتكر حلول هذا التنازع ، وانما اجتهدت في تبرير ما وضعه القضاء منها فعلا وحاولت أن تستخلص من ذلك قواعد وأصول عامة تحدد المدى الزمني لسريان كل من القانون القديم والقانون الجديد . والواقع أن القضاء ينظر ، في تغليب أحد القانونين على الآخر ، الى ما يحقق التوازن بين ما تقتضيه مصلحة الجماعة من تطبيق القانون الجديد من ناحية ، وبين ما يقتضيه استقرار المعاملات من تطبيق القانون القديم من ناحية أخرى ؛ وهو يعتد في ذلك بقصد المشرع الضمني «<sup>١</sup>» وبطبيعة القوانين المتنازعة وبالظروف الخاصة بكل قضية مطروحة أمامه .

واذا كان القضاء ينأى بنفسه على هذا النحو عن الخلافات الفقهية النظرية حول أصول حل مشكلة التنازع الزماني بين القوانين، فانه — بعد

---

(١) ويذهب بعض الفقهاء الى تأييد اتجاه القضاء في هذا الشأن ، اذ يرون في مشكلة التنازع الزماني بين القوانين مشكلة تفسير اساسا ، بحيث يكون لارادة المشرع الضمنية في حل هذه المشكلة — حينما تتخلف ارادته الصريحة — وزن اكبر من وزن الأصول والنظريات الفقهية في هذا الشأن .

( انظر : Beudant et Béquignon - Lagarde, op. cit., t. I, No. 234 )

ويرى البعض منهم ان البحث عن ارادة المشرع يعنى البحث عن الشعور العام السائد بشأن مدى مناسبة تطبيق قانون جديد معين على المراكز القانونية الجارية ، وهو ما يقود في نظرهم الى حلول مرضية تفضل الحلول التي تقوم على أسس وتقسيمات نظرية مجردة ، فانه اذا كان الأخذ بهذا الاتجاه يعنى اعترافا بالعجز لدى الفقهاء الحريصين على وضع قواعد وأصول عامة ، الا انه هو الاتجاه المحتوم للوصول الى الحلول التي تحقق العدل والامن الاجتماعى ، اذ ليس القصد هو وضع قواعد بأى ثمن وانما القصد هو وضع قواعد مرضية . ( انظر : Esmein, op. cit., pp. 172, 173 )



أن استقرت النظريات الفقهية في هذا الشأن — كثيرا ما يتأثر رغم ذلك بما تقوم عليه هذه النظريات من أسس وأصول بل وبما تستعمل من اصطلاحات ، فيلجأ إليها — على الأقل — لتأييد أحكامه واسنادها .

وعلى أى حال ، فقد يعنى المشرع الفقه والقضاء عن الاجتهاد في حل التنازع بين القوانين في الزمان . فقد ينظم بنفسه في قانون جديد معين فترة الانتقال بينه وبين القانون القديم ، فيضع لذلك أحكاما وقتية . وفضلا عن هذا التدخل الخاص من جانب المشرع ، قد يتدخل المشرع تدخلا عاما في هذا الشأن ، فيضع قواعد عامة تحكم التنازع الزماني بين القوانين بصدد بعض المسائل ، ومن قبيل ذلك ما وضعه المشرع المصري من حلول لهذا التنازع ستكون محل البحث في المطلب الثاني .

#### ٢٠٦ — الموجهات والأصول العامة في حل مشكلة التنازع الزماني

بعد أن عرضنا فيما سبق لفقه النظريات المختلفة في حل مشكلة التنازع الزماني بين القوانين ولما يرد عليه من نقد ، نستطيع أن نستخلص — على ضوء ذلك — الموجهات والأصول العامة التي نعتقد أنها حقيقة بحل هذا المشكلة . وهي تتركز على أسس ثلاثة : الأول ، يمنع سريان القانون الجديد سريانا رجعيا ؛ والثاني يفرض سريانه سريانا مباشرا ؛ والثالث يرخص باستمرار سريان القانون القديم في أحوال معينة .

أما فيما يتعلق بمنع السريان الرجعي للقانون الجديد ، فقد سبق أن رفضنا معيار الرجعية الذي تقدمه النظرية التقليدية على أنه المساس بحق مكتسب ومعيار الرجعية الذي يقدمه « ديجي » على أنه المساس بمركز قانوني شخصي ، ولذلك نأخذ بما نراه صوابا عند النظرية الحديثة في تحديد معنى الرجعية ، فنقرر على ضوءه أن القانون الجديد لا يملك إعادة النظر من جديد فيما توافر قبل نفاذه من تمام تكوين أو انقضاء مركز



قانونى أو من قيام بعض عناصر هذا التكوين أو الانقضاء أو من ترتب آثار قانونية معينة .

وأما فيما يتعلق بالسريان المباشر للقانون الجديد ، فمعناه أن القانون الجديد يخضع لحكمه كل ما يحدث فى ظله وابتداء من تفاذه ولو كانت جذوره ترجع الى الماضى . فهو يخضع لسلطانه المباشر المراكز القانونية التى يدركها وهى ما تزال فى دور التكوين أو الانقضاء وذلك بالنسبة لما يتوافر فى ظله من العناصر التى يتم بها هذا التكوين أو الانقضاء ، وكذلك الآثار المستقبلية التى تترتب ابتداء من تفاذه على مركز قانونى سابق .

وأما فيما يتعلق بالسريان المستمر للقانون القديم ، فمن المتفق عليه انصرافه الى الآثار المستقبلية للعقود والى طرق انحلالها التى لاتعدو أن تكون بعض هذه الآثار . وقد عرضنا للخلاف الفقهى حول تحديد مدى هذا السريان ، ورفضنا التفرقة التى يقول بها « روبييه » فى هذا الشأن بين المركز العقدى والنظام القانونى ، وكذلك التفرقة الأخرى - التى حاول بعض أنصار النظرية الحديثة احلالها محل تفرقته - بين قوانين النظام العام بحسب درجة أهميتها وخطورتها أو بحسب طبيعة المصلحة التى تتصدى لحمايتها .

والواقع أن الأصل كان هو وجوب اطلاق السريان المباشر للقانون الجديد فى هذا الشأن . وإذا كان قد تقرر الخروج على هذا الأصل بالسماح للقانون القديم فى استمرار السريان فى شأن الآثار المستقبلية للعقود ، فما ذلك الا لأن العقود - وهى تقوم على مبدأ سلطان الارادة - تستعصى على الوحدة بما تفرض من تنوع آثارها واختلافها ، بينما الحكمة من اعمال الأثر المباشر للقانون الجديد هى وحدة النظم القانونية فى شأن المراكز القانونية المتماثلة .

وإذا كان تقرير مبدأ الأثر المستمر للقانون فى شأن الآثار المستقبلية للعقود ليس الا استثناء من أصل قاعدة السريان المباشر للقانون الجديد ،



فيجب أن ينحصر هذا الاستثناء في حدود الحكمة من تقريره دون توسع في مداه على حساب هذه الحكمة .

ومن هنا ، يكون من الطبيعي — في رأينا — وجوب اطراح السريان المستمر للقانون القديم والعودة الى السريان المباشر للقانون الجديد، حينما يتعلق الأمر — في شأن الآثار المستقبلية للعقود — بقواعد قانونية موحدة يتمتع أمامها الخلاف والتعدد الذي هو الأصل في المراكز والآثار العقدية ، وهو ما يتحقق اذا كان القانون الجديد آمرا لتعلقه بالنظام العام . اذ وجود مثل هذا القانون يعنى انعدام سلطان الارادة في مخالفته ، وضرورة رد العقود وآثارها بالتالى — في حدوده — الى ضرب من الوحدة والتماثل ؛ وهو ما تنتقى معه أية حكمة في تقرير استمرار سريان القانون القديم بالنسبة الى الآثار المستقبلية للعقود المبرمة في ظله ، وما يتعين معه الرجوع الى الأصل من السريان المباشر للقانون الجديد تحقيقا لما أصبح يفرضه من وحدة لازمة ، خاصة وأن تعلق هذا القانون بالنظام العام يفيد تعلقه ببعض الأسس الرئيسية في بناء الجماعة مما يستبعد كل مخالفة لها حتى ولو كانت مترتبة على عقود صحيحة مبرمة في الماضى .

ولذلك اذا كان للقانون القديم سريان مستمر في شأن الآثار المستقبلية للعقود المبرمة في ظله ، فان هذا السريان يجب أن يقف اذا كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام . ويبدو أن هذا الرأي يحظى بتأييد غير قليل من الفقهاء «١» . بل انه هو الرأي الذي كان يأخذ به المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد صراحة ، حيث كان ينص في المادة السابعة منه على أنه « اذا نسخ قانون جديد قانونا سابقا عليه ، فان القانون المنسوخ يظل مع ذلك ساريا على الروابط والحالات القانونية التى نشأت تحت سلطانه

(١) انظر في ذلك :

De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., No. 256, p. 231

عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق، فقرات ١٨٧ و ١٩٥ و ١٩٦ .  
محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، فقرة ١٣٨ .



وكانت مترتبة على ارادة المتعاقدين ما لم يوجد نص يقضى بغير هذا أو كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام أو الآداب « ١ » . وهو كذلك الرأى الذى تستقر عليه أحكام محكمة النقض المصرية « ٢ » .

وعلى هذا الأساس يسرى القانون الصادر بفرض سعر الزامى للعملة الورقية بما له من أثر مباشر على الآثار المستقبلية للعقود التجارية والمبرمة فى ظل القانون القديم، فيصح ابتداء من نفاذ القانون الجديد الدفع بالورق رغم شرط الدفع بالذهب الوارد فى هذه العقود . وكذلك يسرى القانون الصادر بتخفيض الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية، بما له من أثر مباشر، على ما يستحق ابتداء من نفاذه من فوائد بمقتضى العقود المبرمة من قبل هذا النفاذ ، فلا تدفع الفوائد اذن الا على الأساس الجديد المخفض « ٣ » . وكذلك تسرى قوانين العمل الجديدة المتعلقة بالنظام العام، بمقتضى سلطانها المباشر ، على الآثار المستقبلية لعقود العمل المبرمة قبل نفاذها ؛ وهذا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٢١٤ .

واذا كان هذا النص لم يظهر فى التقنين ، فلأنه عدل من بعد فى لجنة المراجعة تعديلا اغفل الجوهري فيه فى شأن حكم الآثار المستقبلية للعقود التجارية، بحيث أصبح فاصرا على تقرير مبدأ عدم الرجعية بوجه عام واستثناء النص الصريح على الرجعية وقوانين النظام العام والآداب منه ؛ وهو ما رأى معه عدم الحاجة اليه « اكتفاء بالأحكام الواردة فى الدستور والقوانين الخاصة » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٢١٦ و ٢١٨ ) .

(٢) انظر بصفة خاصة :

نقض ٢١ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام محكمة النقض س ٤ ، رقم ١٦١ ، ص ١٠٢٨ . - نقض ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ ، المجموعة السابقة ، س ٧ ، رقم ٣٣ ، ص ٢٤١ .

( ٣ ) انظر فى هذا المعنى :

أحكام النقض المشار إليها فى الهامش السابق ، ومجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٢ ، ص ٥٨٤ .



ما صرح به المشرع المصرى فعلا فى شأن قانون عقد العمل الفردى «<sup>١</sup>» .  
يخلص اذن مما تقدم أن الموجهات والأصول العامة التى تقرها لحل  
مشكلة التنازع الزمانى بين القوانين تنحصر فيما يلى :

( ١ ) ليس للقانون الجديد أثر رجعى ، يملك بمقتضاه اعادة النظر  
فيما تم قبل نفاذه من تكوين أو انقضاء المراكز القانونية أو من توافر بعض  
عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، أو فيما ترتب فعلا قبل هذا النفاذ من  
آثار قانونية .

( ٢ ) للقانون الجديد أثر مباشر يخضع لسلطانه المراكز القانونية التى  
لا تزال فى دور التكوين أو الانقضاء ولكن دون المساس بما توافر فى  
الماضى من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، وكذلك الآثار المستقبلية  
للمراكز القانونية الماضية .

( ٣ ) للقانون القديم أثر مستمر فى شأن الآثار المستقبلية للعقود المبرمة  
فى ظله ، الا اذا كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام والآداب فيسترد  
سلطانه المباشر فى حكمها .

وواضح أن المشرع يبقى بيده زمام حل مشكلة التنازع الزمانى بين  
القوانين ، فيملك بنص صريح منه الخروج على هذه الأصول : اما بتقرير  
رجعية القانون الجديد ، أو بتقرير استمرار سريان القانون القديم حيث  
يجب اعمال قاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد ، أو بتقرير السريان المباشر  
للقانون الجديد حيث يجب اعمال الأثر المستمر للقانون القديم .

---

(١) م ٥٠ من المرسوم بقانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ بشأن عقد  
العمل الفردى .



## المطلب الثانى

### الحلول العامة التشريعية لبعض مشاكل التنازع الزمانى

#### ٢٠٧ - تمهيد

عنى المشرع المصرى بوضع حلول عامة لبعض مشاكل التنازع الزمانى الهامة ، وبذلك أغنى الفقه والقضاء عن الاجتهاد والاختلاف فى حلها . ولكنه لم يجمع هذه الحلول التشريعية فى موضع واحد ، وانما وزعها على التقنيات الرئيسية المختلفة بحسب طبيعة ما يتصدى لحله من مشاكل : فنجده يعرض فى التقنين المدنى لحل مشاكل التنازع الزمانى بين القوانين فى مسائل الأهلية والتقادم والاثبات ، ويعرض فى تقنين المرافعات لحل مشاكل التنازع الزمانى فى مسائل الاختصاص والاجراءات ، ويعرض فى تقنين العقوبات لحل مشاكل التنازع الزمانى فى مسائل الجريمة والعقوبة . فنتبع هذه الحلول التشريعية فيما يلى :

#### ٢٠٨ - التنازع الزمانى بين قوانين الأهلية

تنص المادة السادسة من التقنين المدنى الجديد على ما يأتى :  
« ١ - النصوص المتعلقة بالأهلية تسرى على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة فى هذه النصوص . ٢ - واذا عاد شخص توافرت فيه الأهلية بحسب نصوص قديمة ناقص الأهلية بحسب نصوص جديدة ، فان ذلك لا يؤثر فى تصرفاته السابقه » .

وهذه المادة تتعرض لحل التنازع بين القوانين المتعاقبة فى مسائل الأهلية . فقد يرفع القانون الجديد سن الرشد أو يخفضه ، وهنا يقوم التنازع بينه وبين القانون القديم حول أمرين : الأول ، هو معرفة المركز القانونى لمن كان راشدا أو قاصرا فى ظل القانون القديم ومازال عند نفاذ



القانون الجديد دون السن الجديدة المرتفعة أو أصبح فوق السن الجديدة المنخفضة . والثاني ، هو معرفة قيمة التصرفات التي صدرت من هؤلاء الأشخاص في ظل القانون القديم بعد أن تغير الوضع في ظل القانون الجديد .

( ١ ) أهلية الشخص : الحل الذي يأخذ به المشرع المصري — في الأمر الأول الخاص بتحديد المركز القانوني للشخص من حيث أهليته — هو سريان القانون الجديد . فإذا كان القانون الجديد يرفع سن الرشد من الثامنة عشرة الى الحادية والعشرين ، فإن كل من لا يزال عند نفاذه دون الحادية والعشرين يعتبر ابتداء من هذا النفاذ قاصرا ويظل كذلك حتى يبلغ هذه السن ، حتى ولو سبق اعتباره راشدا لبلوغه الثامنة عشرة في ظل القانون القديم . وإذا كان القانون الجديد يخفض سن الرشد من الحادية والعشرين الى الثامنة عشرة ، فإن كل من يكون بالغاً عند نفاذه السن المقررة فيه ، بأن يكون بالغاً التاسعة عشرة مثلاً ، يعتبر راشدا فور هذا النفاذ رغم سبق اعتباره قاصرا في ظل القانون القديم .

وهذا الحل يتفق مع فقه النظرية التقليدية ، سواء في حال تخفيض سن الرشد على أساس أنه لم يوجد بعد حق مكتسب يمنع من سريان القانون الجديد ، أو في حال رفع سن الرشد على أساس عدم وقوف الحق المكتسب في بلوغ سن الرشد أمام قوانين الأهلية نظراً لتعلقها بالنظام العام « ١ » . وهذا الحل يتفق كذلك مع نظرية « ديجي » في حال رفع سن الرشد وخفضه على السواء ، على أساس أن مركز الشخص من

---

(١) يبدو أن المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد قد تأثرت بذلك، حيث تذكر أن «تحديد أهلية الاداء — وهى صلاحية الالتزام بالتصرفات الارادية — يراعى فيه حماية فريق من الاشخاص ، وهذه الحماية أمر يتعلق بالنظام العام » ( مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج ١ ، ص ٢١٥ ) .



حيث الأهلية هو مركز قانوني موضوعي يملك القانون دائما تعديله دون أن يوصف لذلك بالرجعية .

أما في فقه النظرية الحديثة ، فيبدو هذا الحل متفقا معه في حال تخفيض سن الرشد ، حيث أن مركز القاصر لم يكن قد اتقضى بعد في ظل القانون القديم ، فيملك القانون الجديد تقرير انقضاءه ابتداء من يوم نفاذه ؛ فهذا مقتضى الأثر المباشر للقانون الجديد ، ما دام يقتصر على اعتبار القاصر رشيدا بالنسبة الى المستقبل أى منذ نفاذه لا منذ بلوغه سن الرشد الجديدة المخفضة اذا كان قد بلغها قبل هذا النفاذ في ظل القانون القديم « ١ » .

أما في حال رفع سن الرشد ، فيذهب الأستاذ « روبييه » الى أن القانون الجديد لا يملك اعادة من كان معتبرا راشدا في ظل القانون القديم قاصرا من جديد « ٢ » ، على أساس أن مركز هذا الشخص كقاصر قد اتقضى ببلوغه سن الرشد في ظل القانون القديم ، فيكون من الرجعية اعادة النظر من جديد فيما تم من هذا الانقضاء « ٣ » ، وان كانت هذه الرجعية من قبيل الرجعية المخففة لعدم الصرافها الا الى المستقبل وحده ابتداء من نفاذ القانون الجديد « ٤ » . وقد تأثر واضع المذكرة

---

(١) Roubier, op. cit., t. II, No. 105, p. 297

(٢) ولكن من الواضح أن القانون الجديد يملك — دون رجعية — ابقاء من كان معتبرا قاصرا في ظل القانون القديم على حاله من القصر حتى بلوغ السن المرتفعة المحددة فيه ، على أساس أن مركز هذا القاصر لم يكن قد انقضى في ظل القانون القديم فيملك القانون الجديد تأخير هذا الانقضاء ( Roubier, op. cit., t. I, No. 44, p. 387 )

(٣) Roubier, ibid., t. II, No. 105, pp. 298-303

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 298. وانظر كذلك في نفس المعنى :

ولكن انظر في انتقاد هذا الرأي :

Esmein, op. cit. p. 90.

(٤) Roubier, op. cit., t. I, No. 64, p. 544



الايضاحية لقانون المجالس الحسبية الصادر سنة ١٩٢٥ برفع سن الرشد من الثامنة عشرة الى الحادية والعشرين بهذا الرأي ، اذ ذكر أن الحكم المتعلق برفع سن الرشد الوارد فيه « لا ينطبق على الأشخاص الذين يكونون قبل العمل بالقانون الجديد قد بلغوا من الثمانى عشرة المحددة لانتهااء الوصاية بمقتضى القانون القديم ، بل هؤلاء الأشخاص يعتبرون أنهم راشدون قانونا » « ١ » .

ولكننا لا نرى فى حقيقة فقه النظرية الحديثة ما يتعارض مع الحل الذى يأخذ به المشرع المصرى من اعادة من كان معتبرا راشدا الى حالة القصر ابتداء من نفاذ القانون القاضى برفع سن الرشد . اذ لم لا يقال ان انقضاء مركز القاصر فى ظل القانون القديم قد أدى الى تكوين مركز آخر هو مركزه كراشد ، وان هذا المركز من المراكز المستمرة التى تظل جارية فى الأصل حتى الوفاة ، مما ينبغى معه تمكين القانون الجديد — احتراماً لسلطانه المباشر — من تناول هذا المركز والمساس به ، ما دام لا ينصرف بهذا المساس الى الماضى بل يقصره على المستقبل ابتداء من يوم نفاذه ؟ .

لذلك نرى تأييد ما يأخذ به القانون المصرى من تطبيق القانون القاضى برفع سن الرشد على كل من لم يبلغها عند نفاذه ولو سبق اعتباره راشدا فى ظل القانون القديم ، على أساس أن هذا التطبيق تطبيق مباشر لا رجعى لأنه ينصرف الى المستقبل وحده دون المساس بمركز الرشد فى الماضى . وهو — فضلا عن ذلك — رأى الذى يؤيده كثير من الفقهاء

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٢١٥ .  
وقد ذهب بعض الفقهاء المصريين حينئذ الى تأييد هذا الرأى ، انظر فى ذلك :  
عبد الفتاح السيد ، حول الاثر الرجعى لقانون المجالس الحسبية الجديد ،  
المحاماة ، السنة السابعة ، ص ١٦٩ وما بعدها .



الفرنسيين وبعضهم من أنصار النظرية الحديثة نفسها «<sup>١</sup>» .

( ٢ ) تصرفات الشخص : أما الحل الذي أخذ به المشرع المصرى فى الأمر الثانى الخاص بتصرفات الشخص فى ظل القانون القديم ، فهو عدم سريان القانون الجديد عليها ، أى تكون هذه التصرفات محكمة بالقانون القديم الذى صدرت فى ظله فلا تتأثر بالقانون الجديد . وعلى ذلك ، فالتصرفات التى عقدها فى ظل القانون القديم أشخاص كانوا راشدين فى حكمه ، تظل صحيحة رغم اعتبارهم قاصرين من جديد ابتداء من نفاذ القانون الجديد . والتصرفات التى عقدها فى ظل القانون القديم أشخاص كانوا قاصرين فى حكمه ، تظل باطلة أو قابلة للإبطال رغم اعتبارهم راشدين ابتداء من وقت نفاذ القانون الجديد .

وهذا الحل محض تطبيق لمبدأ عدم رجعية القانون الجديد أيا كان مفهوم الرجعية ؛ فهو مبرر عند النظرية التقليدية على أساس احترام الحق المكتسب ، وفى نظرية « ديجى » على أساس عدم المساس بالأعمال الماضية ، وعند النظرية الحديثة على أساس احترام المراكز القانونية التى تم تكوينها فى ظل القانون القديم .

## ٢٠٩ - التنازع الزمانى بين قوانين التقادم

الأصل أن القانون الجديد هو الذى يسرى بشأن التقادم - المكتسب أو المسقط - الذى لم يكتمل بعد عند نفاذه ، أما لأن التقادم - مادام لم يتم - لا يعطى المستفيد منه حقا مكتسبا بل مجرد أمل يجوز للمشرع الانتقاص منه أو المساس به كما ترى النظرية التقليدية ، وأما لأن التقادم

---

(١) انظر فى ذلك :

Aubry et Rau, op. cit., t. I, § 30, p. 115. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 59. — Esmein, op. cit., p. 90. — Josserand, op. cit., t. I, No. 83.



يتعلق — كما ترى نظرية « ديجي » — بمركز قانونى موضوعى فيخضع دائما لكل تعديل يأتى به القانون ، واما لأن التقادم لا يتم الا فى ظل القانون الجديد والعبرة تكون بالقانون الذى يتكون فى ظله المركز القانونى كما ترى النظرية الحديثة .

وعلى ذلك ، فالقانون الجديد يخضع لسلطانه المباشر كل تقادم ما يزال جاريا عند نفاذه ، اذ يتعلق الأمر حينئذ بمركز قانونى ما يزال فى دور التكوين فيخضع تمام هذا التكوين للقانون الذى يتحقق فى ظله وهو القانون الجديد ؛ ولكن دون أن يعنى ذلك مساس هذا القانون — والا كان رجعيا — بما سبق توافره قبل نفاذه من عناصر تهم هذا التكوين اذا كانت لها فى ذاتها قيمة قانونية معينة .

#### (٢) انعدام الأثر الرجعى لقوانين التقادم الجديدة : نصت المادة ٢/٧

من التقنين المدنى على انعدام الأثر الرجعى للقانون الجديد فى شأن بعض العناصر المتعلقة بتكوين مركز التقادم ، بقولها ان « النصوص القديمة هى التى تسرى على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه ، وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة » . وقد أشرنا من قبل الى اتفاق هذا الحل مع فقه النظرية الحديثة ، على اعتبار أن ما يتحقق من عناصر متعلقة بتكوين أو انقضاء مركز قانونى فى ظل القانون القديم يظل محكوما بهذا القانون ، طالما تكون له قيمة قانونية فى ذاته ؛ فلا يملك القانون الجديد — دون رجعية — المساس به أو الرجوع فيه عن المدة السابقة على نفاذه . ولذلك يكون الأصل — منعا للرجعية — هو خضوع التقادم الجارى ، عن المدة الواقعة فى ظل القانون القديم ، لأحكام هذا القانون وحده من حيث البدء «(١)» والاتقطاع والوقف ومختلف

---

(١) انظر مع ذلك ما يراه الأستاذ « روبيه » من معاملة نقطة بدء التقادم =



## الشرائط والعناصر الجوهرية الأخرى •

(٢) الأثر المباشر لقوانين التقادم الجديدة : نصت المادة ١/٧ من التقنين المدني على مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد في مسائل التقادم بقولها « تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل » • وأكثر ما يعرض تطبيق هذا المبدأ في شأن مدة التقادم ، ولكنه يعرض كذلك فيما يتعلق بشروط التقادم الأخرى •

١ - شروط التقادم : الأصل هو سريان القانون الجديد المعدل لشروط التقادم سريانا مباشرا على كل تقادم جار • فتغيير القانون الجديد قابلية الحق للتقادم مثلا يكون له أثره المباشر على التقادم الجارى • فالقانون الذى يجعل حقا أو مالا غير قابل للتقادم بعد أن كان قابلا له ينهى فور نفاذه التقادم الجارى في شأنه • والقانون الذى يخضع للتقادم حقا أو مالا كان غير خاضع له من قبل يسرى فور نفاذه فيمكن جريان التقادم في شأنه منذ هذا النفاذ لا قبله « ١ » •

وإذا أضاف القانون الجديد شروطا جديدة للتقادم أو تشدد في بعض الشروط القديمة ، فالأصل - أعمالا لمبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد - هو استلزام ما يتطلبه هذا القانون منها بالنسبة الى المستقبل وحده أى ابتداء من نفاذه ، وهو ما يقتضى امكان الفصل بين ما يجرى من التقادم في ظل القانون القديم وما يجرى منه في ظل القانون الجديد ، بحيث يظل كل قسم محكوما بشروط القانون السائد وقت جريانه • ولكن حيث تعذر مثل هذا الفصل والتقسيم اذا تعلق الأمر بشروط ينبغى أن

---

= نفس معاملة مدته ، فيكون القانون المؤخر نقطة بدء التقادم في حكم القانون الذى يطيل مدته والقانون المعجل لها في حكم القانون الذى يقصر مدته •  
( Roubier, op. cit., t. II, No. 99, p. 245 )

( ١ ) Roubier, op. cit., t. II, No. 99, p. 237



تصحّب التقادم من ابتدائه الى نهايته ، فان ذلك يؤدي الى انتهاء التقادم الذي ابتداء جريانه من قبل ؛ كأن يقتضى القانون الجديد حسن النية كشرط اضافى ، فلا يتصور استمرار ما ابتداء من تقادم لصالح شخص سىء النية «١» .

وأما اذا انتقص القانون الجديد من شروط التقادم أو يسر منها، فان التقادم الذى لم يكن ممكنا جريانه فى ظل الشروط القديمة ، يبتدىء فى الجريان منذ نفاذ القانون الجديد ووفقا لأحكامه ، دون أن يمكن اضافة أية مدة سابقة على هذا النفاذ حيث لم يكن التقادم ممكنا جريانه لعدم توافر ما يتطلبه القانون القديم حينئذ من شرائط «٢» .

٢ - **مدة التقادم :** مقتضى اعمال الأثر المباشر للقانون الجديد على التقادم الجارى هو اخضاعه للمدة الجديدة دون المدة القديمة . ولا صعوبة فى تطبيق ذلك اذا كان القانون الجديد يطيل مدة التقادم ، اذ يجب سريان المدة الجديدة الطويلة ولكن مع احتساب ما مضى من مدة جريان فى ظل القانون القديم «٣» . فاذا كانت مدة التقادم خمس عشرة سنة صدر بعد بدئها بعشر سنين قانون يطيل المدة الى عشرين سنة ، فلا يتم التقادم المبتدىء فى القانون القديم اذن الا بعد عشر سنين من نفاذ القانون الجديد .

وأما فى حال تقصير القانون الجديد مدة التقادم ، فالأصل - اعمالا للأثر المباشر لهذا القانون - وجوب الأخذ بالمدة القصيرة الجديدة على كل تقادم جار لما يكتمل . ولكن لا يتأتى ذلك الا بإسقاط ماسبق جريانه من مدة فى ظل القانون القديم من الحساب ، خشية ما قد يؤدي اليه احتسابها من اعتبار التقادم منتها فى ظل القانون القديم واعطاء القانون

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك :

Roubier, op. cit., t. II, No. 99, pp. 239, 240.

Roubier, op. cit., t. II, 99, p. 240 (٢)

Roubier, op. cit., t. II, 99, p. 242 (٣)



الجديد بذلك أثرا رجعيا لا يملكه «١» . ولذلك اذا وجب الأخذ بالمدة القصيرة الجديدة ، فينبغى سريانها واحتسابها وحدها منذ نفاذ القانون الجديد دون اعتبار لما جرى من مدة قبله . وهذا ما أخذ به المشرع المصرى بنصه على أنه « اذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك » ( م ١/٨ مدنى ) .

ولكن لا يتأتى فى كل الأحوال اطلاق اعمال الأثر المباشر للقانون الجديد المقصر للمدة على أساس عدم جريانها واحتسابها الا منذ نفاذ هذا القانون ، اذ قد يؤدى ذلك بالقانون الجديد الى اطالة المدة بينما هو يهدف الى تقصيرها ، وهو ما يتحقق اذا كانت المدة السابق جريانها تنتهى على الأساس القديم الطويل قبل انتهاء المدة الجديدة القصيرة محسوبة منذ نفاذ القانون الجديد . لذلك يكون غير منطقى اعمال الأثر المباشر للقانون الجديد على هذا النحو ، كما لا يتأتى تطبيق هذا القانون على أساس احتساب ما مضى من مدة فى ظل القانون القديم خشية الرجعية على ما سبق البيان ، فلا يبقى من حل معقول الا السماح باستمرار سريان القانون القديم واحتساب التقادم الجارى على أساسه بحيث يتم باكتمال مدته ؛ وبذلك يحل الأثر المستمر للقانون القديم محل الأثر المباشر للقانون الجديد «٢» . وقد أخذ المشرع المصرى بهذا الحل المنطقى الذى تقررته كذلك النظرية

---

(١) Roubier, op. cit., t. II, No. 99, pp. 232, 242; t. I, note (I), p. 391

ومع ذلك ، فقد ذهبت محكمة النقض المصرية الى عكس هذا الراى فى ظل التقنين المدنى القديم مقررة وجوب احتساب المدة السابقة كذلك لعدم امكان الفائتها او اهدارها ( انظر : نقض ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ ، مجموعة عمر ( المدنية ) ، ج ١ رقم ٨ ، ص ١٦ ) .

(٢) Roubier, op. cit., t. II, No. 99, pp. 242, 243



الحديثة « ١ » ، اذ بعد أن وضع القاعدة من وجوب اعمال الأثر المباشر للقانون الجديد المقصر لمدة التقادم على أساس سريانها منذ العمل به ( م ٨/١ مدني ) ، عاد فخرج عليها بنصه على أنه « اذا كان الباقي من المدة التي ينص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها النص الجديد ، فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي » ( م ٢/٨ ) .

فالأمر يتوقف اذن على قدر الباقي لاكتمال التقادم الذي بدأ في ظل القانون القديم من المدة المقررة فيه . فاذا كان هذا الباقي أطول من المدة الجديدة بأسرها ، يصرف النظر عن المدة التي جرت من التقادم في ظل القانون القديم ، وتفتح مدة جديدة ابتداء من تفاعل القانون الجديد على الأساس القصير الوارد فيه . أما اذا كان الباقي أقصر من المدة الجديدة فيتم التقادم بانقضاء هذا الباقي .

وعلى ذلك ، اذا كانت مدة التقادم في الأصل خمس عشرة سنة ، ثم صدر بعد سنة من ابتداء جريان التقادم قانون يقصر المدة الى عشر سنوات ، فلا اعتبار للسنة التي جرت من التقادم في ظل القانون القديم ، وتبدأ مدة جديدة في الجريان من يوم تفاعل القانون الجديد على الأساس الوارد فيه فيتم التقادم بعد عشر سنوات من هذا النفاذ . أما اذا كانت مدة التقادم في الأصل خمس عشرة سنة ، وصدر بعد ثلاث عشرة سنة من بدء التقادم قانون يخفض المدة الى عشر سنوات ، فيكتمل التقادم بعد سنتين من تفاعل القانون الجديد ، أي بانقضاء الباقي حسب المدة المقررة في القانون القديم .

---

(١) انظر سابقا ، هامش (١) ، ص ٤٤٨ .

انظر مع ذلك فيما يذهب اليه بعض الفقهاء من حل آخر يتلخص في وجوب احتساب التقادم على أساس المدة القصيرة ، على أن يستنزل منها ما يعادل نسبة ما مضى من مدة في ظل القانون القديم الى المدة المقررة فيه : عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ،

هامش (١) ، ص ١٩٣ .

وانظر في انتقاد هذا الرأي :

Roubier, op. cit., t. II, No. 99, p. 243 et note (2)



ومن أمثلة النصوص المقصرة لمدة التقادم التي تتيح تطبيق هذه الحلول : نص المادة ١٤٠ من التقنين المدني الجديد على سقوط الحق في ابطال العقد اذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات من وقت استكمال الاهلية في حال نقص الاهلية ، ومن وقت انكشاف الغلط أو التدليس أو انقطاع الاكراه في حال عيب الرضا بأحد هذه العيوب ؛ فقد كانت مدة السقوط في التقنين المدني القديم خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد «١» . وكذلك نص المادة ١٧٢/١ من التقنين المدني الجديد على سقوط دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه ، بعد أن كانت مدة السقوط خمس عشرة سنة من وقت وقوع العمل غير المشروع في ظل التقنين المدني القديم «٢» . وكذلك نصوص المواد ١٨٠ و ١٨٧ و ١٩٧ من التقنين المدني الجديد على سقوط دعوى التعويض عن الاثراء بلا سبب ودعوى استرداد ما دفع بغير حق والدعوى الناشئة عن الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه المفتقر أو من دفع غير المستحق أو الفضولي أو رب العمل بحقه ، بعد أن كانت مدة السقوط خمس عشرة سنة من وقت نشوء الحق في ظل التقنين المدني القديم .

#### ٢١٠ - التنازع الزماني بين قوانين الإثبات

تنص المادة التاسعة من التقنين المدني الجديد على أنه « تسرى في شأن الأدلة التي تعد مقدما النصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه

---

(١) انظر في السريان الزماني لهذا النص :  
عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ٣٢٣ . - حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ٢٧٠ . - أنور سلطان ، المرجع السابق ، فقرة ٢٤٥ .

(٢) انظر في السريان الزماني لهذا النص :  
عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، فقرة ٦٢٦ . - أنور سلطان ، المرجع السابق ، فقرة ٤٨٤ .



الدليل أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه اعداده » .

ويعرض هذا النص لنوع معين من الاثبات هو « الاثبات أو الدليل المهيأ » ( preuve préconstituée ) ، أى الدليل المعد أو الواجب الاعداد قبل أى خصومة قضائية ، مما يفترض أن اعداده وتهيئته أو وجوب ذلك ينبغي تحققه وقت صدور الفعل أو التصرف الذى يتصدى لاثباته . فهو اذن يصحب هذا الفعل أو التصرف ، مما يجوز — فى شأن تكوين المركز القانونى — تقريب عناصر اثباته من عناصر تكوينه ، والقول بأن القانون الذى يتم فى ظله تكوين المركز القانونى هو الذى يجب أن يحكم اثباته بالدليل المهيأ « ١ » . وبذلك لا يكون للقانون الجديد سلطان على مثل هذا النوع من الاثبات أو الدليل نظرا لانعدام أثره الرجعى . فمن الرجعية — وهو ما يتفق مع فقه النظرية الحديثة — اعادة النظر فيما تم فى الماضى من تكوين مركز قانونى سواء من حيث الموضوع أو من حيث الاثبات ، اذ يبقى القانون الذى تم فى ظله هذا التكوين هو المرجع فى شروطه وفى اثباته .

واذا كان الدليل المهيأ محكوما دائما على هذا النحو بالقانون الذى أعد أو كان واجب الاعداد فى ظله بحيث لا يكون للقانون الجديد سلطان عليه ، فيستوى أن يلغى القانون الجديد دليلا مهيأ كان يفرضه القانون القديم أو يفرض دليلا مهيأ لم يكن يتطلبه القانون القديم ؛ ففى الحالين يبقى الاثبات خاضعا للقانون القديم وحده « ٢ » .

---

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 56, p. 454

(٢) Roubier, op. cit., t. I, No. 56, pp. 454, 455; t. II, No. 83, p. 72,

ومع ذلك ، يذهب بعض فقهاء النظرية التقليدية خاصة الى التفرقة بين الحالتين ، والقول بأنه حيث يتطلب القانون الجديد دليلا مهيأ لم يكن يتطلبه القانون القديم ، فلا سريان له على التصرفات والأعمال الماضية والا كان رجعيا لمساسه بما للدائن من حق مكتسب . اما حيث يلغى القانون الجديد ما كان يتطلبه القانون القديم من دليل مهيأ ، فيجب سريانه حتى على التصرفات السابقة ، اذ لا يمكن القول بأن للمدين حقا مكتسبا فى طريقة اثبات ائسده ؛ فكل ما كان له فى ظل القانون القديم هو =



وعلى ذلك ، اذا كان القانون يتطلب الاثبات بالكتابة في شأن التصرفات التي تزيد قيمتها على عشرة جنيهات ويكتفى بالاثبات بالبينة فيما دون ذلك ، فان التصرف الذي عقد في ظل هذا القانون وكانت قيمته خمسة عشر جنيها يظل واجب الاثبات بالكتابة حتى بعد صدور قانون جديد يجيز الاثبات بالبينة في التصرفات التي تزيد قيمتها على عشرين جنيها ، والتصرف الذي عقد في ظل القانون القديم وكانت قيمته ثمانى جنيهات يظل جائز الاثبات بالبينة حتى بعد صدور قانون يتطلب الاثبات بالكتابة فيما تزيد قيمته من التصرفات على خمسة جنيهات .

### ٢١١ - التنازع الزمانى بين قوانين المرافعات

يقر تقنين المرافعات - كقاعدة عامة - انعدام الأثر الرجعى لقوانين المرافعات من ناحية ، وأثرها المباشر من ناحية أخرى .

(١) انعدام الأثر الرجعى لقوانين المرافعات : تشير الى هذا الأثر الفقرة الأولى من المادة الثانية من تقنين المرافعات بقولها : « كل اجرا من اجراءات المرافعات تم صحيحا فى ظل قانون معمول به يبقى صحيحا ما لم ينص على غير ذلك » . ومعنى ذلك أن اجراءات المرافعات تخضع للقانون الذى تتم فى ظله ، فاذا تمت صحيحة طبقا لما يتطلبه هذا القانون ، فهى تبقى صحيحة رغم صدور قانون جديد يستلزم شروطا أخرى لصحة مثل هذه الاجراءات . ذلك أن اعمال القانون الجديد وابطال ما تم صحيحا منها فى ظل القانون القديم ، انما يعتبر سحبا للقانون الجديد على الماضى ، وهو ما لا يجوز كقاعدة عامة لانعدام أثره الرجعى . وعلى ذلك ، فاذا كان

---

= مجرد امل فى أن يعجز الدائن عن الاثبات وفقا لهذا القانون فيكون بمنجى من مطالبته، فيملك القانون الجديد - دون رجعية - اهدار هذا الأمل بالاعفاء من الاثبات عن طريق الدليل المهيأ .

( انظر : p. 137 ( Aubry et Rau, op. cit., t. I, § 30, note (66) ) .

وانظر فى انتقاد هذه التفرقة :

Roubier, op. cit., t. I, No. 55, pp. 443-449.



تقنين المرافعات الجديد يستلزم — خلافا للتقنين القديم — اشتغال صحيفة المعارضة على أسبابها والا كانت باطلة ، فان صحيفة المعارضة التي تم اعلانها في ظل التقنين القديم دون اشتغال على الأسباب تكون صحيحة وتظل كذلك لا يلحقها البطلان رغم حكم التقنين الجديد «<sup>١</sup>» .

وكذلك فنصا لرجعية قوانين المرافعات تنص م ٢/٢ من تقنين المرافعات على أنه « لا يجرى ما يستحدث من مواعيد السقوط الا من تاريخ العمل بالقانون الذي استحدثها » . وعلى ذلك فاذا كانت المادة ٩١ من تقنين المرافعات الجديد تستحدث حكما مقتضاه اعتبار الدعوى كأن لم تكن اذا ظلت مشطوبة ستة أشهر دون تحريك ، فان هذا المبدأ منعا للرجعية — لا يبدأ بالنسبة الى القضايا المشطوبة في ظل التقنين القديم من تاريخ شطبها بل من تاريخ نفاذ التقنين الجديد «<sup>٢</sup>» .

( ٢ ) **الآثر المباشر لقوانين المرافعات** : تشير الى هذا الآثر المادة الأولى من تقنين المرافعات بقولها « تسرى قوانين المرافعات على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى «<sup>٣</sup>» أو تم من الاجراءات قبل تاريخ العمل بها » .

(١) أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٥ ، فقرة ١٤ .

(٢) قنا الابتدائية ٢١ أكتوبر ١٩٥٠ . انظر في الإشارة الى : أحمد أبو الوفا ونصر الدين كامل ومحمد عبد العزيز يوسف ، مدونة الفقه والقضاء في المرافعات ، ج ١ ، فقرة ٢٩ ، ص ٢٧ و ٢٨ .

(٣) يبدو ان المقصود بذلك هو استبعاد سريان قوانين المرافعات على الدعاوى التي فصل فيها بأحكام موضوعية ولو تكن نهائية رغم ان اطلاق مبدأ الآثر المباشر كان يقتضي اخضاع الدعاوى التي فصل فيها بأحكام موضوعية غير نهائية لسلطان قوانين المرافعات الجديدة ( انظر في تبرير هذا الخروج على مفهوم الآثر المباشر وتقرير السريان المستمر للقانون القديم ( Roubier, t. II, No. 142, p. 710 ) وهذا ما كانت تصرح به المادة ١٥ من المشروع التمهيدي للتقنين المدني بقولها « تسرى النصوص المتعلقة بالتنظيم القضائي وباختصاص المحاكم وما تقوم به من توجيه للاجراءات من وقت العمل بهذه »



ومعنى ذلك أن القانون الجديد يسرى على الدعاوى المرفوعة في ظل القانون القديم والتي لا تزال منظورة أمام القضاء . فإذا قرر قانون جديد مثلاً نقل الاختصاص بنظر طائفة من الدعاوى من جهة قضائية إلى جهة قضائية أخرى، أو من محله إلى محكمة أخرى في نفس الجهة القضائية، فيثبت الاختصاص للجهة القضائية أو المحكمة الجديدة بنظر كل دعوى من هذه الطائفة سبق رفعها في ظل القانون القديم إلى الجهة القضائية أو المحكمة الأولى ، وما زالت منظورة أمامها لم تفصل فيها بعد .

وتطبيقاً للأثر المباشر لقوانين المرافعات ، نص القانون الصادر بإلغاء المحاكم المختلطة على أن تحال إلى المحاكم الوطنية كل الدعاوى التي تكون منظورة أمام المحاكم المختلطة عند حلول موعد الإلغاء ، وبالحالة التي تكون عليها . وكذلك قضت المادة الرابعة من قانون إصدار تقنين المرافعات الجديد بأن « على المحاكم الابتدائية أن تحيل بدون رسوم ومن تلقاء نفسها ما يوجد لديها من دعاوى أصبحت من اختصاص قاضي محكمة المواد الجزئية بمقتضى أحكام هذا القانون ، وذلك بالحالة التي تكون عليها . » . وكذلك قضت المادة الأولى من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الخاص بإلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المليية بإحالة الدعاوى المنظورة أمامها لغاية ٣١ ديسمبر ١٩٥٥ — وبدون رسوم جديدة — إلى المحاكم الوطنية لاستمرار النظر فيها .

**الخروج على الأثر المباشر لقوانين المرافعات :** غير أن تقنين المرافعات قد أورد بضعة استثناءات على مبدأ الأثر المباشر لقوانين المرافعات ( م ١/١ )

---

== النصوص على الدعاوى المنظورة التي لم يصدر فيها حكم في الموضوع ، نهائياً كان هذا الحكم أو غير نهائى ( مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ص ٢٢١ ) . وهو كذلك التفسير الذى وافقت عليه لجنة المرافعات بمجلس الشيوخ بناء على ملاحظة المرحوم الدكتور محمد حامد فهمى ( المدونة ، المرجع السابق ، ص ١١ ) . وهو كذلك ما يستتر عليه القضاء فى فرنسا ويؤيده الفقه هناك ( أنظر : — Roubier, op. cit., t. II, No. 142, pp. 707 - 710. — Morel, Traité élémentaire de procédure civile, 2ème éd. No. 19, p. 18 )



و ٢ و ٣) • ومقتضى هذه الاستثناءات أن يستمر العمل بالقانون القديم ، فيكون له أثر مستمر رغم نفاذ القانون الجديد . وهذه الاستثناءات هي الآتية :

(١) لا تسرى القوانين المعدلة للاختصاص على الدعاوى التي أقفل فيها باب المرافعة قبل نفاذها : اذا رفعت دعوى أمام محكمة مختصة ، وابتدأت المحكمة في نظرها وأقفلت باب المرافعة فيها تمهيدا لاصدار الحكم ، ثم صدر بعد ذلك قانون ينزع الاختصاص بنظر مثل هذا النوع من الدعاوى من اختصاص تلك المحكمة ، فان هذه المحكمة تستمر لها رغم ذلك الولاية القديمة فتصدر الحكم في الدعوى • ومرد هذا الاستثناء من مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد الى ما تقتضيه المصلحة العامة ومصلحة الخصوم أنفسهم من عدم اعادة النظر في نزاع قد استكمل تمحيصه وأصبح صالحا للحكم فيه •

(٢) لا تسرى القوانين المعدلة لمواعيد المرافعات على ما بدأ قبل نفاذها من مواعيد : اذا بدأ ميعاد من مواعيد المرافعات « ١ » ، وصدر قبل تمامه قانون معدل له ، فلا يسرى القانون الجديد استثناء مما له من أثر مباشر ، بل يستمر الميعاد في جريانه حتى ينتهى وفقا للقانون القديم الذى بدأ جريانه في ظله « ٢ » • والمقصود بهذا الاستثناء تحقيق وحدة حساب الميعاد

---

(١) والمراد ببداية الميعاد - كما تقول المذكرة الايضاحية لتقنين المرافعات - « الاجراء الذى منه يبدأ حساب الميعاد كما حدده القانون الذى بدأ في ظله ايا كان الاجراء اعلانا أو ايداها أو غير ذلك . والمراد بالميعاد المعنى الأعم لهذه اللفظة ، فتشمل المواعيد المدد والآجال سواء اكانت مواعيد طعن أم آجال سقوط يجب ان تتخلل الاجراءات » .

(٢) وفي ذلك تقرر محكمة النقض انه « لما كان القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ - الذى خول محكمة النقض بهيئة جمعية عمومية الاختصاص بالفصل في الطلبات المقدمة من رجال القضاء والنيابة بالغاء المراسيم والقرارات المتعلقة بإدارة القضاء - قد نص على ان يعمل به من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، وكانت الجهة المختصة بنظر هذه الطلبات قبل صدوره هي مجلس الدولة ، وكان ميعاد الطعن أمامه - وهو ستون يوما - قد بدأ قبل صدور القانون المشار اليه ؛ فان ميعاد الطعن الجديد - وهو ثلاثون يوما - لا يسرى في حق الطالب عملا بالمادة الاولى من قانون المرافعات التي استثنت من حكم سريانه القوانين المعدلة للمواعيد متى كان ميعاد الطعن قد بدأ قبل تاريخ العمل بها . ولما



في نهايته على نفس الأساس الذي قامت عليه بدايته «١» .

### (٣) لا تسرى القوانين المنشئة أو المُلغية لطرق الطعن على الأحكام الصادرة

**قبل نفاذها :** إذا صدر قانون أُلغى طريقاً من طرق الطعن كان موجوداً ، أو أنشأ طريقاً جديداً من طرق الطعن لم يكن موجوداً ، فلا يسرى هذا القانون على الأحكام التي صدرت قبل نفاذه . وعلى ذلك فالحكم القابل للطعن بطريق المعارضة يظل قابلاً للمعارضة فيه رغم صدور قانون جديد يلغى هذا الطريق من طرق الطعن في شأن مثل هذا النوع من الأحكام «٢» ؛ والحكم غير القابل للطعن بطريق النقض لا يصبح قابلاً للطعن فيه بهذا الطريق بعد صدور قانون جديد يبيح الطعن بالنقض في مثل هذا النوع من الأحكام «٣» .

---

== كان الطالب قد قرر طعنه قبل مضي ستين يوماً من تاريخ نشر المرسوم المطعون فيه في الجريدة الرسمية ، فإن الدفع بعدم قبوله شكلاً لتقديمه بعد الميعاد القانوني يكون في غير محله » ( نقض ٨ مارس سنة ١٩٥٢ ، مجموعة المكتب الفني لأحكام محكمة النقض ( مدني ) ، السنة الثالثة ، ص ٧٣٦ ) .

(١) والمشرع بذلك يخالف القواعد الخاصة بالسريان الزماني للقوانين المطيلة أو المقصرة لمدة التقادم ، والتي كان يجب اعمالها في شأن القوانين المعدلة للمواعيد والمدد بوجه عام ، توحيداً للحلول القانونية في صدد المشاكل المتماثلة ( انظر : Roubier op. cit., t. II, No. 144, p. 730 ) . ولعل هذه المخالفة تجد ما يبررها من قصر مواعيد المرافعات بالنسبة الى مدد التقادم .

(٢) ومن قبيل ذلك ، ان الأحكام الصادرة في ظل تقنين المرافعات القديم في المواد المسعجلة أو المواد التي يوجب القانون الحكم فيها على وجه السرعة تظل قابلة للطعن فيها بالمعارضة بعد نفاذ تقنين المرافعات الجديد ورغم ما يقرره ( م ٣٨٦ ) من عدم جواز المعارضة في مثل هذه الأحكام ( ١ ) انظر : احمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، فقرة ١٢ ) .

(٣) ولذلك قضت محكمة النقض بأن « الأحكام الصادرة من محكمة الاستئناف المختلطة لا يجوز الطعن فيها بطريق النقض على أساس ان قانون المرافعات المختلط - وهو الذي يحدد ما اذا كان الحكم الذي صدر في ظله ==



وإذا كانت الفقرة الثالثة من المادة الأولى من تقنين المرافعات تقرر عدم سريان القوانين المنشئة أو الملغية لطرق الطعن على الأحكام الصادرة قبل نفاذها ، وتعتبر ذلك استثناء من مبدأ الأثر المباشر لقوانين المرافعات ؛ فيبدو أن هذا الاعتبار لا يصدق على إطلاقه في كل الحالات . ذلك أنه إذا تعلق الأمر بأحكام نهائية أو صارت نهائية قبل نفاذ قانون منشيء أو ملغ لطريق من طرق الطعن ، فيكون من الطبيعي عدم سريانها عليها ، بل يكون من الرجعية — أمام تمام تكوين المركز القانوني في ظل القانون القديم — تقرير هذا السريان « ١ » . أما إذا تعلق الأمر بأحكام غير نهائية أو لم تصر بعد نهائية قبل نفاذ مثل هذا القانون ، فمقتضى الأثر المباشر تقرير سريانه على مثل هذه الأحكام ، لأن المركز القانوني ما يزال جاريا لم يبلغ بعد تمام تكوينه ، ويكون استثناء حقيقيا من مبدأ الأثر المباشر حينئذ منع هذا السريان وتقرير استمرار سريان القانون القديم « ٢ » .

---

« يجوز الطعن فيه بطريق النقض أو لا — لم يكن يجيز الطعن بالنقض في الأحكام المدنية الصادرة من المحاكم المختلطة . ولا يغير من هذا النظر أن مبنى الطعن هو أن الحكم المختلط المطعون فيه صدر على خلاف حكم نهائي سبق صدوره من محكمة وطنية ، متى كان الحكم المطعون فيه وقت صدوره غير جائز الطعن فيه بطريق النقض لأي سبب من الأسباب المنصوص عليها في المادتين ٤٢٥ و ٤٢٦ من قانون المرافعات . ولهذا يكون المحكوم لهم بمقتضى الحكم المطعون فيه قد كسبوا حقا في وضع قانوني لا يصح المساس به من غير نص صريح في قانون المرافعات الذي حل محل قانون المرافعات الملغى . ولما كان هذا النص لا وجود له ، فإن الدفع بعدم جواز الطعن يكون في محله ( نقض ٢١ فبراير ١٩٥٢ ، مجموعة المكتب الفني لأحكام محكمة النقض ( مدني ) ، السنة الثالثة ، رقم ٨٩ ، ص ٥٢٠ ) » .

(١) قرب من ذلك حكم محكمة النقض المذكور في الحاشية السابقة .

(٢) ومع ذلك ، يذهب البعض الى اعتبار أن سريان القانون الجديد المنشيء أو الملغى لطريق من طرق الطعن على الأحكام الصادرة قبل نفاذه — نهائية كانت أو غير نهائية — هو سريان رجعي ، وأن منع هذا السريان هو محض تطبيق لمبدأ عدم الرجعية ؛ وذلك على أساس القول بأن قابلية الحكم



## ٢١٢ - التنازع الزماني بين قوانين العقوبات

أشرنا من قبل الى أن مبدأ عدم رجعية القوانين هو مبدأ يقيد القاضي ولا يقيد المشرع كقاعدة عامة . فللمشرع - اذا أراد - سحب القوانين على الماضي بنصه صراحة على ذلك . غير أن سلطته في هذا الشأن معدومة في مسائل العقوبات . فالقاعدة هي عدم رجعية القوانين الجنائية التي تبين الجرائم وتقرر العقوبات عليها ، وهي قاعدة تقيد المشرع كما تقيد القاضي ، فلا يملك المشرع - حتى بنص صريح منه - الخروج عليها . وقد حرص الدستور الجديد - كالدستور القديم - على النص على هذه القاعدة نصا صريحا ( م ٣٢ و ١٨٦ ) كما سبق البيان «<sup>١</sup>» . وحرص تقنين العقوبات كذلك على تأكيدها بقوله « يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها » ( م ١/٥ ) . والواقع أن هذه القاعدة ألزم ما تكون في قوانين العقوبات خاصة ، وذلك كفالة للحريات الفردية ومنعا من التوصل الى العقاب على أفعال كانت مباحة وقت ارتكابها «<sup>٢</sup>» .

---

= للطعن فيه أو عدم الطعن هي صفة ملازمة للحكم نفسه فتكون محكمة بالقانون الذي يصدر الحكم في ظله .  
( انظر : Roubier, op. cit., t. II, No. 144, p. 728 )

(١) راجع سابقا ، ص ٤١٤ .

(٢) أصدر المشرع المصري المرسوم بقانون رقم ٢٤٤ لسنة ١٩٥٢ الخاص بجريمة الغدر ، ونص فيه على انطباق أحكامه على كل فعل من الأفعال الواردة فيه يكون قد ارتكب بعد أول سبتمبر سنة ١٩٣٩ .

وظاهر أن هذا النص يتضمن مخالفة صريحة للقاعدة الأصولية المسلمة وهي قاعدة عدم رجعية القوانين الجنائية - تلك القاعدة التي كان يتضمنها دستور سنة ١٩٢٣ الذي صدر هذا التشريع في ظله - ، فيكون هذا المرسوم بقانون غير دستوري فيما جاء به من العقاب على أفعال بمقتضى قانون لاحق لارتكابها .

أما ما قيل تبريرا للنص على الرجعية في هذا المرسوم بقانون من أنه تشريع جنائي يملك المشرع النص على رجعيته ، فنقول يدحضه وصف هذا =



### قوانين العقوبات الأصلح للمتهم :

ليست قاعدة عدم رجعية قوانين العقوبات بالمطلقة ، اذ يرد عليها استثناء خاص بقوانين العقوبات الأصلح للمتهم «١» ، فيكون للمتهم الاستفادة من القوانين التي تصدر بعد ارتكاب الجريمة اذا كانت أصلح له من القوانين التي ارتكب الجريمة في ظلها . وحكمة هذا الاستثناء ظاهرة ، اذ يقضى الصالح العام — وهو الذي تتكيف به الجريمة والعقوبة على السواء — بعدم أخذ المتهمين بجرائم قد غدت معتبرة أفعالا مباحة ، أو بعقوبات قد ظهرت شدتها فاتتهى الأمر الى تخفيفها .

---

= المرسوم بقانون انه خاص بجريمة الغدر ، ونصه على تولى النيابة العامة مباشرة الدعوى امام محكمة الغدر ، وعلى اتباع هذه المحكمة لقواعد قانون الإجراءات الجنائية في شأن نظر الدعوى وسماع الشهود وتنحى القضاة وردهم . . . ، وعلى توقيع عقوبات — أن لم تكن مقيدة للحرية أو من العقوبات الأصلية — فهي عقوبات جنائية معروفة كالعزل من الوظائف العامة والحرمان من حق الانتخاب أو الترشيح للمجالس التشريعية والبلدية والقروية .

(١) ومع ذلك ، ينكر بعض الفقهاء أن في سريان قوانين العقوبات الأصلح للمتهم على الجرائم المرتكبة قبل نفاذها خروجاً على مبدأ عدم الرجعية .

فيذهب الأستاذ « روبييه » — في سبيل نفى وصف الرجعية عن هذا السريان — الى أن المركز القانونى الناشئ عن الجرم لا يتم تكوينه الا بصدر حكم نهائى بالعقاب ، وعدم صدور هذا الحكم قبل نفاذ القانون الجديد الأصلح للمتهم يعنى أن المركز القانونى لا يزال — عند هذا النفاذ — في دور التكوين ، فيكون مقتضى الأثر المباشر لهذا القانون اخضاع تمام هذا التكوين لحكمه . انظر في ذلك وفي تبرير عدم معاملة قوانين العقوبات الأشد نفس المعاملة:

( Roubier, op. cit., t. II, No. 129, pp. 543-549 )

وانظر كذلك سابقا ، ص ٤٤٥ وهامش (٢) .

وانظر في انتقاد هذا الراى :

ويذهب « ديجى » الى أن كل قاعدة في قوانين العقوبات تنحل الى شقين: شق يتوجه الى الأفراد وهو المتعلق بالتجريم ، وشق يتوجه الى رجال السلطة العامة وهو المتعلق بالعقاب . اما فيما يتعلق بالتجريم ، فواضح انه — مادامت =



وقد نص تقنين العقوبات المصرى على هذا الاستثناء ؛ فبعد أن وضعت المادة الخامسة منه في فقرتها الأولى مبدأ العقاب على الجرائم بالقانون المعمول به وقت ارتكابها، عادت في فقرتها الثانية والثالثة فقالت «ومع هذا، اذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيا قانون أصلح للمتهم فهو الذى يتبع دون غيره . — واذا صدر قانون بعد حكم نهائى يجعل الفعل الذى حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه ، يوقف تنفيذ الحكم وتنتهى آثاره الجنائية » .

وظاهر من هذا النص أن استفادة المتهم من قانون العقوبات الأصلح له تتحقق في الحالتين الآتيتين :

#### (١) اذا صدر قانون جديد ينص على عقوبة اخف من العقوبة المقررة

في القانون القديم ، فيسرى القانون الجديد على الجرائم التى ارتكبت في ظل القانون القديم مادام لم يصدر حكم نهائى بشأنها . أى أن استفادة المتهم من القانون الجديد في هذه الحالة — رغم ارتكابه الجريمة في ظل القانون القديم — رهن بعدم صدور حكم نهائى . والمقصود بالحكم النهائى ذلك

---

== قواعد تتوجه الى الافراد — فلا يمكن تجريم فعل الا بمقتضى القانون السائد وقت ارتكابه . وأما فيما يتعلق بالعقاب ، فما دامت قواعد تتوجه الى رجال السلطة العامة وحدهم فتكون اذن قواعد اختصاص بالمعنى الصحيح . وقواعد الاختصاص الواجبة التطبيق هى تلك القواعد السائدة وقت تدخل رجال السلطة العامة . ومن هنا فاذا كان التجريم يخضع للقانون السائد وقت ارتكاب الفعل ، فان العقاب يخضع للقانون السائد وقت الحكم . ولذلك فالأصل في العقاب هو سريان القانون النافذ وقت الحكم ، سواء كان اخف أو أشد من القانون النافذ وقت ارتكاب الجرم ؛ وهو سريان طبيعى لا شبهة للرجعية فيه . ولكن خروجاً على هذا السريان الأصلى ( أو المباشر ) ، يخضع العقاب للقانون الذى ارتكب الجرم في ظله اذا كان هذا القانون اخف وأصلح للمتهم من القانون الذى يصدر الحكم في ظله . وبذلك يقلب « ديجى » الوضع المسلم في العقاب ، فيجعل الأصل هو تطبيق قانون وقت الحكم ، والاستثناء — لافادة المتهم — هو تطبيق قانون وقت الجرم .

( انظر : Duguit, op. cit., t. II, § 21 a., pp. 261 - 266 )



الحكم الذى استنفذت كل طرق الطعن فيه . فالمتهم يستفيد اذن من كل قانون جديد يصدر بتخفيف العقاب حتى بعد صدور حكم فى شأن جريمته ، ما دام هذا الحكم لم يصبح نهائيا بعد لأنه ما يزال قابلا للطعن فيه بطريق المعارضة أو الاستئناف أو النقض . أما اذا أصبح الحكم نهائيا فامتنع الطعن فيه باحدى هذه الطرق ، فكل تخفيف للعقاب يأتى به قانون يصدر بعد ذلك ، لا يستفيد منه المتهم . وحكمة ذلك واضحة ، اذ أن أعمال التخفيف يقتضى حكما جديدا يقرره ، وهو أمر بات مستحيلا أمام ما للحكم النهائى بالعقاب من قوة الأمر المقضى .

(٢) اذا صدر قانون جديد يعتبر فعلا مباحا ما كان معتبرا جريمة فى نظر القانون القديم ، فيستفيد منه كل شخص ارتكب هذه الجريمة فى ظل القانون القديم حتى ولو كان قد صدر ضده حكم نهائى بالعقاب . فصيورة الحكم نهائيا باستنفاد طرق الطعن فيه، بل وابتداء تنفيذه، لا يحرم المحكوم عليه من الافادة من القانون الجديد الصادر باعتبار الجريمة فعلا مباحا ، ويترتب على افادة المحكوم عليه من القانون الجديد فى هذه الحالة وقف تنفيذ الحكم وانتهاء كل آثاره الجنائية . وواضح أن عدم التقيد بنهائية الحكم فى هذه الحالة — على خلاف حالة تخفيف العقاب — مرده الى أن أعمال القانون الملغى للتجريم لا يتوقف على صدور حكم قضائى جديد بحيث تقف أمامه عقبة قوة الأمر المقضى ، فيكفى حينئذ وقف تنفيذ العقوبة المحكوم بها «١» .

غير أن تطبيق قوانين العقوبات الأصلح للمتهم بأثر رجعى على التفصيل الذى سبق بيانه ليس مطلقا ، فهو لا ينصرف الى قوانين العقوبات المؤقتة السريان . وعلى ذلك تنص الفقرة الرابعة من المادة الخامسة من تقنين العقوبات بقولها « غير أنه فى حالة قيام اجراءات الدعوى أو صدور

---

(١) فى هذا المعنى : Esmein, op. cit., p. 155.



حكم بالادانة فيها وكان ذلك عن فعل وقع مخالفا لقانون ينهى عن ارتكابه في فترة محدودة ، فان انتهاء هذه الفترة لا يحول دون السير في الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها » . وحكمة هذا النص أنه باتقضاء فترة سريان القانون الجنائي المؤقت تعتبر أفعالا مباحة الجرائم المنصوص عليها فيه ، فيكون من الواجب طبقا لما تقدم أن يفيد من هذه الاباحة كل شخص ارتكب هذه الجرائم سواء حكم عليه نهائيا أو لم يكن قد حكم عليه بعد ، وهو ما يؤدي — نظرا الى ما لمثل هذا القانون من سريان مؤقت محدود — الى التشجيع على ارتكاب ما ينص عليه من جرائم طمعا في الافادة من الاعفاء من العقاب عليها واتقضاء آثارها الجنائية بفوات فترة السريان المحدودة لهذا القانون .

ولعل أول ما يتبادر الى الذهن أن قوانين العقوبات ذات الفترة المحدودة هي تلك القوانين التي ينص فيها على سريانها مدة مؤقتة محدودة من الزمن كسنة مثلا ؛ وبهذا المعنى تأخذ محكمة النقض (١) . غير أن

---

(١) نقض ٢٨ يناير ١٩٤٦ ، مجموعة عمر (جنائي) ، ج ٧ ، رقم ٦٩ ، ص ٦٣ حيث يقرر الحكم أن « الفقرة الأخيرة في المادة الخامسة من قانون العقوبات قد أفادت أن حكمها خاص بالقوانين المؤقتة أي التي تنهى عن ارتكاب فعل في مدة زمنية محددة ، فهذه هي التي يبطل العمل بها بانقضاء هذه الفترة بغير حاجة الى صدور قانون بالغائها . أما القوانين الاستثنائية التي تصدر في حالات الطوارئ ولا يكون منصوصا فيها على مدة معينة لسريانها ، فانها لا تدخل في حكم هذا النص لان ابطال العمل بها يقتضي صدور قانون بالغائها . هذا هو المستفاد من عبارة النص ، وهو أيضا المستفاد من عبارة المادة السادسة من مشروع قانون العقوبات الفرنسي التي نقل عنها هذا النص ومن المناسبات التي اقتضت وضع هذه المادة هناك . وهو هو بعينه الذي استخلص من عبارة المادة الثانية من قانون العقوبات الإيطالي الصادر سنة ١٩٣١ والمشار اليه في المذكرة الايضاحية لقانون العقوبات المصري ، فقد ذكرت المادة صراحة أن حكمها يتناول حالتين : حالة القوانين المؤقتة وحالة قوانين الطوارئ ، ولم تقتصر على النص على القوانين المؤقتة كما فعل القانون المصري » .



الاقتصار على هذا المعنى ، قد يكون من باب التفسير الحرفى لعبارة النص •  
ولذلك يكون أقرب الى قصد المشرع أن يعتبر كذلك من قوانين العقوبات  
المحدودة الفترة كل قانون تدعو الى سنه ظروف استثنائية مؤقتة ولو لم  
ينص فيه على تحديد زمن معين لسريانه، فان سريان مثل هذا القانون يكون  
فى الواقع رهنا بقيام هذه الظروف ومؤقتا بها «١» • فالأوامر العسكرية مثلا  
تستند الى قيام الأحكام العرفية فيعتبر سريانها مؤقتا بوجود هذه الأحكام  
أى ينقضى بانقضائها • وعلى ذلك فان زوال الأحكام العرفية وبالتبعية انتهاء  
سريان الأوامر العسكرية، لا يجب أن يحول دون السير فى اجراءات الدعوى  
أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها فى شأن ما ارتكب من أفعال مخالفة لهذه  
الأوامر فى ظل سريانها «٢» •

---

انظر فى تأييد هذا القضاء :  
محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ( القسم العام ) ، الطبعة الثالثة ،  
١٩٥٥ ، فقرة ٤٥ ، ص ٤٨ و ٤٩ •

ولكن انظر فى انتقاده :  
السعيد مصطفى السعيد ، الأحكام العامة فى قانون العقوبات ، ١٩٥٢ ،  
ص ١٠٤ و ١٠٥ • — محمد عبد الله ، تعليق على حكم محكمة النقض سالف  
الذكر ، مجموعة عمر ، ج ٧ ، هامش (١) ، ص ٦٤ •

(١) فى هذا المعنى :  
السعيد مصطفى السعيد ، الموضع السابق •

(٢) ولكن انظر عكس ذلك فيما قضى به حكم محكمة النقض سالف  
الذكر من أن « الأوامر العسكرية التى تصدر لمناسبة الأحكام العرفية غير  
محددة بمدة معينة ولا جائزا ابطال العمل بها الا بناء على قانون يصدر بالغائها  
لا يمكن اعتبارها من القوانين المؤقتة بالمعنى الذى تقصده الفقرة الأخيرة من  
المادة الخامسة من قانون العقوبات • واذن فالتهم يستفيد من الغاء هذه  
الأوامر فى أية حالة كانت عليها الدعوى أمام جهات الحكم فيها • وبناء على  
هذا ، فالتهم باحراز سلاح لا تصبح معاقبته بمقتضى تلك الأوامر المlfساء بل  
تجب معاقبته على مقتضى أحكام القانون العام » •



## المطلب الثالث

### حلول لبعض مشاكل التنازع الزماني العملية

#### ٢١٣ - تمهيد

إذا كان المشرع المصرى قد فرض حلولاً عامة لبعض مشاكل التنازع الزماني على مافصلناه في المطلب السابق ، فتبقى مشاكل أخرى كثيرة لهذا التنازع تثور ولا تجد حلاً تشريعياً لا عاماً ولا خاصاً . وحينئذ ينبغي استلزام الموجهات والأصول العامة التي بينها من قبل «١» لاستخلاص حلولها الواجبة . وسوف نعرض فيما يلي لبعض هذه المشاكل العملية مراعين في ذلك تنوعها من ناحية وجدتها من ناحية أخرى .

#### ٢١٤ - التنازع الزماني في شأن آثار العقود

رأينا أن المبدأ المقرر هو وجوب إخضاع الآثار المستقبلية للعقود الماضية للقانون الذي أبرمت هذه العقود في ظله ، بما يؤدي إليه ذلك من استمرار سريان القانون القديم خروجاً على قاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد التي تخضع لسلطانه في الأصل كل ما يتحقق في ظله من هذه الآثار ، وذلك على أساس أن فكرة توحيد التنظيم القانوني للمراكز المتماثلة التي يقوم عليها الأثر المباشر متخلفة في شأن العقود وآثارها التي تفترض التعدد والتنوع . ولكننا أشرنا إلى أن أعمال الأثر المستمر للقانون القديم في هذا الشأن ليس مطلقاً ، فهو لا بد أن يتلاشى — أمام الأثر المباشر للقانون الجديد — في بعض حالات على خلاف مع ذلك في تحديدها . فيذهب البعض إلى أن مناسط هذا التلاشي هو تعلق القانون الجديد بنظام

---

(١) راجع سابقاً فقرة ٢٠٦ .



قانوني «١» . ويذهب البعض الآخر الى أن مناط ذلك هو تعلق هذا القانون بالنظام العام تعلقا يقوم على حماية مصلحة عامة لا مصلحة خاصة «٢» . غير أننا اتهمنا الى وجوب اطراح مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم واعمال الأثر المباشر للقانون الجديد — في شأن الآثار المستقبلية للعقود الماضية — اذا كان هذا القانون متعلقا بالنظام العام ، دون اعتبار لاختلاف طبيعة المصلحة المباشرة المقصودة بالحماية من ورائه «٣» . وعلى ضوء هذا الرأي ، نستطيع أن نلتبس الحل فيما يلي لبعض المشاكل البارزة الحالية للتنازع الزماني بين القوانين المتعلقة بآثار العقود ، آثارها استحداث التقنين المدني الجديد لنظرية الظروف الطارئة وتخفيضه الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية ، واستحداث قانون عقد العمل الفردي لمكافأة نهاية الخدمة .

(١) نظرية الظروف الطارئة : استحدث التقنين المدني الجديد حكما نخرج فيه على ما كان مقررا في التقنين المدني القديم من اطلاق قاعدة « العقد شريعة المتعاقدين » ، اذ جعل للقاضي سلطة تعديل العقد اذا طرأت ظروف عامة غير متوقعة وقت التعاقد بحيث جعلت التنفيذ مرهقا للمدين ارهاقا شديدا ، اذ نصت المادة ١٤٧/٢ منه على أنه « ... اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى — وان لم يصبح مستحيلا — صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي — تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين — أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك» . وهذا النص يشير التساؤل عن مدى سريانه

---

(١) انظر سابقا ، ص ٤٥١ — ٤٥٥ .

(٢) انظر سابقا ، ص ٤٥٩ .

(٣) انظر سابقا ، ص ٤٦٣ — ٤٦٥ .



في الزمان — خاصة وقد جعله المشرع نصا آمرا متعلقا بالنظام العام — بالنسبة الى الآثار المستقبلية للعقود السابقة ، أى بالنسبة الى التنفيذ الواجب لهذه العقود ابتداء من نفاذ التقنين المدني الجديد « ١ » .

وظاهر أن تحديد مدى هذا السريان يكون — في منطق القائلين بالترقية بين المركز العقدي والنظام القانوني — عن طريق مد سريان التقنين القديم دون اعمال الأثر المباشر للتقنين الجديد ، فيظل المدين ملزما بالتالى بتنفيذ العقد طبقا لشروطه دون أن يملك — أمام الظروف الطارئة — الالتجاء الى القاضى لرد التزامه المرهق الى الحد المعقول عن المدة التى تبدأ منذ نفاذ التقنين الجديد . ذلك أن الأمر هنا لا يتعلق بنظام قانوني ، وإنما يتعلق بمركز عقدي بحث يخاطب نص التقنين الجديد فيه المتعاقدين بوصفهم متعاقدين فحسب .

وهذا الحل كذلك هو الذى يتفق مع منطق القائلين بالترقية في قوانين النظام العام الجديدة بين ما يحمى منها مصلحة عامة وما يحمى مصلحة خاصة ، واعمال الأثر المباشر للأولى دون الثانية . اذ يقال ان نص التقنين الجديد في الظروف الطارئة ، ان كان متعلقا بالنظام العام ، الا أنه يقوم « في الواقع على حماية مصلحة للأفراد . ولذا فالأولى انفاذ قانون العقد وعدم تطبيق المادة ١٤٧/٢ على العقود السابقة » « ٢ » .

---

(١) اذ من الواضح أن التنفيذ الحاصل في ظل التقنين المدني القديم يخرج عن سلطان حكم النص الجديد تطبيقا لمبدأ عدم الرجعية .

(٢) أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد ،

ج ١ ، فقرة ٣٤٧ .

ونفس هذا الحل هو الذى ينتهى اليه كذلك منطق انصار النظرية التقليدية الذين يأخذون بمثل هذه التفرقة بين قوانين النظام العام ، وان كان لا يأخذ نفس التكييف . اذ يكون عدم اعمال حكم التقنين المدني الجديد =



ولكننا أشرنا الى قصور التفرقة بين المركز العقدي والنظام القانوني ،  
والى انعدام منطق التفرقة بين قوانين النظام العام باختلاف المصالح التى  
تحميها . ولذلك رأينا وجوب تخطى القانون القديم عن امتداد سلطانه ،  
ليسترد القانون الجديد سلطانه المباشر — على الآثار المستقبلية للعقود  
الماضية — اذا كان متعلقا بالنظام العام اطلاقا . وتطبيقا لذلك ، نرى أن  
العقود المبرمة فى ظل التقنين القديم والتى تراخى بها التنفيذ الى ما بعد  
نفاذ التقنين الجديد يجب أن تخضع فى تنفيذها المستقبل — أى ابتداء  
من يوم نفاذ التقنين الجديد — لحكمه المستحدث فى شأن الظروف  
الطارئة « ١ » ؛ فيثبت للقاضى اذن سلطان تعديل هذه العقود ورد الالتزام  
المهرق فيها — اذا توافرت شرائط اعمال النص الجديد — الى الحد  
المعقول « ٢ » .

== على العقود السابقة — فى فقه هذه النظرية — هو مقتضى مبدأ عدم الرجعية  
أمام ما للدائن من حق مكتسب فى اقتضاء تنفيذ العقد كما تقضى بذلك شروطه .  
وليس ثم ما يبرر الخروج على هذا المبدأ بتطبيق نص التقنين الجديد تطبيقا  
رجعيا على العقود السابقة بدعوى تعلقه بالنظام العام ، اذ الرجعية الاستثنائية  
المقررة لقوانين النظام العام منوطة بكونها تهدف الى حماية مصلحة عامة ،  
وليس هذا النص — رغم تعلقه بالنظام العام — من هذا القبيل حيث يهدف  
اساسا الى حماية مصلحة خاصة للأفراد . ( انظر سابقا ، هامش ( ١ ) ،  
ص ٤٢٣ و ٤٢٤ ) .

( ١ ) فى هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ٤٢٣ . — انور سلطان ،  
النظرية العامة فى الالتزامات ، ج ١ ، فقرة ٣١٥ .

( ٢ ) واذا كنا نرى وجوب سريان النص الجديد على التنفيذ المستقبل  
للعقود السابقة المبرمة فى ظل التقنين القديم ، فلا نقر ما يذهب اليه بعض  
الفقهاء ( عبد الحى حجازى ، النظرية العامة للالتزام ، ج ٢ ، ١٩٥٣ ، ص ٢٠٣ )  
من التفرقة بين ما اذا كان الحادث الاستثنائى غير المتوقع الذى نشأ عنه  
ارهاق التنفيذ قد طرأ قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد او بعده ، والقول بأن  
نص التقنين الجديد يجب أن يسرى على التنفيذ المستقبل للعقود السابقة  
فى الفرض الثانى وحده دون الاول .



(٢) **الفائدة الاتفاقية** : كان الوضع النهائي للحد الأقصى لسعر الفوائد الاتفاقية في ظل التقنين المدني القديم هو تحديده بثمانية في المائة «١» . ولكن التقنين المدني الجديد خفض هذا الحد الأقصى الى سبعة في المائة ، اذ نصت المادة ٢٢٧/٢ منه على أنه « يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد ، سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد ، على ألا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة . فاذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر ، وجب تخفيضها الى سبعة في المائة وتعين رد ما دفع زائدا على هذا القدر » . وواضح أن هذا النص يثير مشكلة سريانه في الزمان ومدى تطبيقه على الفوائد المستحقة بعد نفاذه بمقتضى العقود المبرمة على أساس الحد الأقصى المرتفع في ظل التقنين القديم .

== فالحجة التي يقدمونها لاستبعاد سريان التقنين الجديد في الفرض الأول وهي أن هذا السريان يعتبر رجعيا نظرا لانه يتناول — والحادث طارئ في ظل التقنين القديم — واقعة تمت في الماضي ( عبد الحى حجازى ، الموضع السابق ) ، ليست بالحجة السليمة . ذلك أن سريان النص الجديد لن يكون الا ابتداء من نفاذ التقنين الجديد ، والمفروض أن الحادث الاستثنائي الطارئ في ظل التقنين القديم لا يزال قائما ومستمرا في ظل التقنين الجديد ؛ والقاعدة في شأن « الوقائع المستمرة » ( *Les faits continus ou successifs* ) أن سريان القانون الجديد على ما يقع منها بعد نفاذه يكون سريانا مباشرا لا سريانا رجعيا لانه يرد على المستقبل منها لا على الماضي . وانما تتحقق الرجعية في شأن « الوقائع الفورية » ( *Les faits instantanés* ) اذا كان من شأن سريان القانون الجديد على واقعة فورية ماضية جعلها تنتج اثرا لم تكن تنتجه في ظل القانون القديم ، ذلك أنها قد تمت وتحققت في لحظة واحدة في ظل القانون القديم فلا يدركها القانون الجديد في حال جريان حتى يملك اخضاعها لسلطانه المباشر . ( راجع في التفرقة من حيث السريان الزمانى بين الوقائع الفورية والوقائع المستمرة وتطبيقاتها : Roubier, op. cit., t. I, No. 64, pp. 395, 396. - t. II, No. 108, pp. 325, 326; No. 109, p. 348 ).

(١) راجع في تطور تحديد الحد الأقصى لسعر الفوائد الاتفاقية في ظل التقنين المدني القديم :

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، هامش (١) ص ٨٨٥ .



ونجد في هذا الصدد نفس الخلاف الذي عرضنا له في شأن النص المقرر لنظرية الظروف الطارئة . فقد سبق أن أشرنا الى أن منطق القائلين بالتفرقة بين المركز العقدى والنظام القانونى يقود الى تقرير الاثر المستمر للقانون القديم ، على أساس أن الأمر فى تحديد حد أقصى لسعر الفوائد الاتفاقية لا يتعلق بنظام قانونى يبرر اعمال القانون الجديد المنخفض لهذا الحد بأثر مباشر على الفوائد المستحقة بعد تفاذه بمقتضى العقود السابقة ؛ بل هو يتعلق بمركز عقدى بحث خاص بالمتعاقدين بوصفهم متعاقدين فحسب ، والعقود وما يتفرع عنها من مراكز عقدية تظل خاضعة — فى آثارها المستقبلية — للقانون الذى أبرمت فى ظله رغم صدور قانون جديد — حتى ولو كان متعلقا بالنظام العام — يتناول بالتعديل مثل هذه الآثار (١) .

وهذا الحل كذلك هو ما يقود اليه منطق القائلين بالتفرقة بين قوانين النظام العام بحسب درجة أهميتها أو باختلاف المصالح التى تحميها ، اذ يقال ان نص التقنين الجديد المنخفض للحد الأقصى لسعر الفوائد الاتفاقية — رغم تعلقه بالنظام العام — ليس من الأهمية والخطورة بحيث تهدد مخالفته نظام الجماعة العام بخطر جسيم (٢) ، أو يقال ان هذا النص لا يرمى الا الى مجرد حماية مصلحة الأفراد الخاصة (٣) ؛ وهو ما يبرر الابقاء على الأثر

---

(١) راجع سابقا ، ص ٤٥٢ و ٤٥٣ .

(٢) H. L. et J. Mazeaud, op. cit., t. I, No. 148, et pp. 178, 179

(٣) Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, No. 48

أحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، ج ١ ، هامش (٥) ، ص ٣٢١ .  
وانظر كذلك ما سبقت الإشارة اليه من تبرير البعض ذلك على أساس ان رجعية قوانين النظام العام التى تحمى مصالح خاصة غير جائزة — كاستثناء من مبدأ عدم الرجعية — على خلاف رجعية قوانين النظام العام التى تحمى مصلحة عامة ( انظر سابقا ، هامش (١) ، ص ٤٢٣ و ٤٢٤ ) .



المستمر للنص القديم «<sup>١</sup>» ، بحيث تظل الفوائد المستحقة بعد نفاذ التقنين المدني الجديد واجبة الدفع على أساس الحد الأقصى القديم المرتفع وهو ثمانية في المائة لا على أساس الحد الأقصى الجديد المنخفض وهو سبعة في المائة .

ولكننا أشرنا من قبل الى الحل الذي نرى الأخذ به في صدد الآثار المستقبلية للعقود السابقة ، وهو وجوب تطبيق القوانين الجديدة عليها اذا كانت متعلقة بالنظام العام ، والا فيبقى للقوانين القديمة عليها سلطان مستمر «<sup>٢</sup>» . وعلى ذلك ، يجب القول بأن الفوائد المستحقة ابتداء من نفاذ التقنين المدني الجديد — بمقتضى عقود مبرمة في ظل التقنين المدني القديم — ينبغي نظرا لتعلق نص التقنين الجديد في هذا الشأن بالنظام العام — أن تدفع على الأساس الجديد المنخفض . وبذلك تكون الفوائد المستحقة بمقتضى هذه العقود محتسبة حتى يوم ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٩ — وهو تاريخ

---

(١) ويذهب البعض — في سبيل تأييد الإبقاء على الأثر المستمر للنص القديم — الى القول بأن الحكمة من وضع حد أقصى لسعر الفوائد الاتفاقية هي منع استغلال الدائن لحاجة المدين وضعفه عند التعاقد ، لا التخفيف عن عاتق المدينين الذين سبق ان التزموا بفوائد؛ ويدللون على ذلك بأن المشرع ينص في المادة ٢٢٨/١ من التقنين الجديد على أنه « يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد ... على الا يزيد هذا السعر على ٧ ٪ » ، ولو كان يقصد غير هذه الحكمة — كما هي حالة المادة ٢٣٢ — لعبر بقوله « لا يجوز تقاضي فوائد أكثر من ٧ ٪ » . « واذن فالذي يتعلق بالنظام العام في هذا النص هو منع حصول الاتفاق على فوائد أزيد من السعر المقرر ، فلا يسرى ذلك الا على العقود التي يحصل الاتفاق عليها بعد ( نفاذ التقنين المدني الجديد ) » ( سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١١٠ ، ص ١٦٥ و ١٦٦ ) .

ولكن من الواضح أن هذا احتجاج لفظي بحث لا يقنع بالتخريج المستخلص منه ( انظر كذلك في انتقاده : عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج ١ ، هامش ص ٩٠٨ ) .

(٢) راجع سابقا ، ص ٤٦٣ — ٤٦٥ .



نفاذ التقنين الجديد — على الأساس القديم وهو ٨ ٪ ، بينما تحسب الفوائد المستحقة بمقتضاها على أساس ٧ ٪ ابتداء من يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ «<sup>١</sup>» .

وهذا الحل هو الذى أخذ القضاء المصرى يستقر عليه «<sup>٢</sup>» . وهو كذلك الحل الذى أشارت به المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ، حيث ذكرت «<sup>١</sup>» أنه « بديهى أن أثر هذا التخفيض لا يستند الى الماضى . فسيظل السعر المقرر بمقتضى النصوص الحالية

---

(١) فى هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرات ٥١٢ و ٥١٣ ، ص ٩٠٥ — ٩٠٧ . — عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقره ١٩٦ .

(٢) انظر نقض ٢١ مايو سنة ١٩٥٣ ، مجموعة المكتب الفنى لاحكام محكمة النقض ، ج ٤ ، رقم ١٦١ ، ص ١٠٢٨ ، حيث يقرر الحكم انه « اذا كان الطاعن لم يتمسك لدى محكمة الاستئناف بأن سعر الفائدة المتفق عليها بينه وبين المطعون عليها يجب أن لايزيد على سبعة فى المائة بعد العمل بالقانون المدنى الجديد وفقا للماده ٢٢٨ منه ، الا أن هذا السبب متعلق بالنظام العام ومن ثم يجوز ابدائه لأول مرة امام محكمة النقض . وهو يعد فى محله ، ذلك أن الحد الاقصى للفائدة التى يجوز الاتفاق عليها قانونا هو من قواعد النظام العام ، فيسرى السعر المخفض من تاريخ العمل بالقانون الجديد القاضى بتخفيضه أى ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ حتى على الاتفاقات السابقة . يؤيد هذا النظر ما ورد فى هذا الخصوص فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد . ومن ثم يتعين نقض الحكم نقضا جزئيا فى هذا الخصوص وجعل سعر الفائدة عن المبلغ المقضى به وفقا للمادة ٢٢٧ مدنى من التاريخ السالف الذكر حتى تمام الوفاء » .

وانظر كذلك فى نفس المعنى :

نقض ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ ، المجموعة السابقة ، س ٧ ، رقم ٣٣ ، ص ٢٤١ .

(٣) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٢ ، ص ٥٨٤ .



( التقنين المدنى القديم ) قائما الى تاريخ العمل بأحكام التقنين الجديد .  
أما بعد هذا التاريخ ، فتطبق الأحكام الخاصة بالنسبة للعقود التى تمت  
قبله « ١ » ، اتفاقية كانت الفوائد أو قانونية « ٢ » .

( ١ ) ولكن من الواضح أنه اذا كان الأصل هو وجوب تطبيق القانون  
المخفض للحد الأقصى لسعر الفائدة على الفوائد المستحقة بعد نفاذه ولو كانت  
مرتبة على عقود سابقة ، فان المشرع يستطيع الخروج على ذلك بنص صريح  
منه يقرر فيه استمرار تطبيق القانون القديم واستحقاق هذه الفوائد — بعد  
نفاذ القانون الجديد — على أساس السعر القديم المرتفع لا على أساس السعر  
الجديد المنخفض . ومن قبيل ذلك ، ما نص عليه المرسوم بقانون الصادر فى  
١٩ مارس سنة ١٩٣٨ والمعدل لنص المادة ١٢٥ من التقنين المدنى القديم بتخفيض  
الحد الأقصى لسعر الفائدة من أنه « لا يسرى حد الفائدة التى يجوز الاتفاق  
عليها المقرر بهذا المرسوم بقانون أو بمقتضى أحكامه على الاتفاقات المعقودة قبل  
تاريخ العمل به . . » ( انظر عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ٢ ،  
هامش ( ١ ) ص ٨٨٥ ) .

( ٢ ) ومن المسائل المتعلقة بالفائدة بوجه عام والتى تثير مشكلة تنازع  
زمانى بين القوانين ، ما استحدثه التقنين المدنى الجديد من النص على أنه  
« لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، ولا يجوز فى أية حال أن يكون  
مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ؛ وذلك كله دون  
اخلال بالقواعد والعادات التجارية » ( م ٢٣٢ ) .

وتحديد السريان الزمانى لهذا النص يخضع لنفس القاعدة . فما دام  
هذا النص متعلقا بالنظام العام ، فهو يسرى فورا على كل الفوائد المستحقة  
بعد نفاذه حتى ولو كانت مرتبة على عقود مبرمة قبل هذا النفاذ . فاذا كان  
متفقا فى ظل التقنين المدنى القديم على فوائد مركبة أو على جواز تجاوز  
مجموع ما يتقاضاه الدائن لرأس المال ، فلا يملك نص التقنين الجديد المحرم  
لذلك — والا كان رجعيا — المساس بما استحق قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩  
— وهو يوم نفاذه — من فوائد على متجمد الفوائد أو بما يكون الدائن قد تقاضاه  
فعلا حتى هذا التاريخ من مجموع فوائد يزيد على رأس المال . ولكن سلطانه  
المباشر على ما يقع فى ظله يقتضى حرمان مثل هذا الدائن — ابتداء من نفاذه —  
من تقاضى فوائد على ما يتجمد من فوائد بعد هذا النفاذ أو من تقاضى أية  
فوائد جديدة بعد أن أربى مجموع ما تقاضاه منها على رأس المال قبل هذا



### (٣) مكافأة نهاية الخدمة : تثير تشريعات العمل كثيرا من مشاكل

التنازع الزمانى نظرا لكثرة تعاقبها فى الزمان . ومن الأمثلة البارزة على مثل هذه المشاكل الحكم الذى استحدثته قوانين عقد العمل الفردى المتعاقبة باعطاء العامل — اذا كان من طوائف العمال الخاضعين لأحكامها — الحق فى الحصول على مكافأة عند نهاية مدة خدمته . فقد استحدث القانون رقم ٤١ لسنة ١٩٤٤ فى شأن عقد العمل الفردى هذا الحق فى أحوال معينة عند انتهاء العقد ، ثم جاء المرسوم بقانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ الذى حل محله فتوسع فى أحوال استحقاق مثل هذه المكافأة ( م ٣٧ و ٤٢ و ٤٣ و ٤٥ و ٤٨ ) .

وبذلك ظهرت مشكلة التنازع فى الزمان بين هذين القانونين . وقد ساعد على تعقيد هذه المشكلة أن مكافأة نهاية الخدمة انما تحتسب على أساس معين — مختلف كذلك بين القانونين — عن سنوات خدمة العامل وقد يكون بعض هذه السنوات واقعا فى ظل المرسوم بقانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ وبعضها واقعا فى ظل القانون رقم ٤١ لسنة ١٩٤٤ وبعضها الآخر واقعا قبلهما وقبل استحداث حق العامل فى مكافأة نهاية الخدمة . وقد ذهب جانب من الفقة «١» والقضاء «٢» الى القول بأن مكافأة نهاية

---

== النفاذ ( فى هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، هامش (١) ص ٩٢٠ ، وهامش (٣) ص ٩٢٤ و ٩٢٥ ) . اما اذا كان مجموع ما تقاضاه الدائن من قبل اقل من رأس المال ، فيظل له الحق بعد نفاذ التقنين المدنى الجديد فى أن يستمر فى تقاضى الفوائد حتى يصل مجموع ما تقاضاه — من قبل ومن بعد — قدر رأس المال .

(١) محمود جمال الدين زكى ، عقد العمل فى القانون المصرى ، ١٩٥٦ ، فقرة ٢٢٦ . — كامل محمد بدوى ، المرجع فى قانون عقد العمل الفردى والمبادئ القانونية لقانون اصابات العمل وأمراض المهنة، فقرة ٤١٢، ص ٢٩٠ .

(٢) القاهرة الابتدائية ( الدائرة التاسعة عمال ) : ٣ مارس ١٩٥٦ ،



الخدمة لا تستحق الا عن سنوات الخدمة الواقعة في ظل النصوص المقررة لهذه المكافأة ، على أن يكون احتسابها على الأساس الوارد في كل من القانونين بالنسبة لمدة الخدمة الواقعة في ظله ؛ فلا تستحق أية مكافأة عن سنوات الخدمة السابقة حيث لم تكن المكافأة مقررة بعد .

وعندنا أن هذا الرأي غير سليم . ذلك أن الأمر يتعلق بأثر من آثار عقد العمل حيث يفرض القانون التزاما على عاتق أحد طرفيه وهو رب العمل قبل الطرف الآخر وهو العامل بدفع مكافأة عن مدة خدمته عند انتهاء العقد . والمفروض أن هذا الأثر يتحقق في لحظة انتهاء العقد . فإذا انتهى العقد في ظل المرسوم بقانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ ، فيجب أن يخضع استحقاق المكافأة للأثر المباشر لهذا القانون ، فتحتسب على الأساس الوارد فيه وعن كل مدة خدمة العامل حتى السابق منها على نفاذ هذا المرسوم بقانون «١» . ولا يدفع ذلك بالقول ان آثار العقود تخضع للقانون الذي أبرمت في ظله ، فقد رأينا أن من الواجب اخضاع الآثار المستقبلية للعقود السابقة للأثر المباشر للقانون الجديد اذا كان متعلقا بالنظام العام ، ونصوص قانون عقد العمل الفردى متعلقة بالنظام العام من حيث اعتبارها حدا أدنى

---

= ٢٨ نوفمبر ١٩٥٥ ، ٢٠ نوفمبر ١٩٥٥ ، ٧ نوفمبر ١٩٥٥ . راجع في الاشارة اليها وايراد حيثياتها : حسن الفكهاني ، المدونة العمالية ، ج ١ ، ١٩٥٧ ، القواعد : ٨٦١ و ٨٦٣ و ٨٦٥ و ٨٦٧ ، ص ٨٢٢ و ٨٢٤ و ٨٢٦ و ٨٢٧ على التوالي .

(١) في هذا المعنى :

محمد حلمى مراد ، قانون العمل ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٤ ، فقرة ٣٥٥ ، ص ٣٣٩ .

القاهرة الابتدائية ١٤ يونيه ١٩٥٥ ؛ استئناف القاهرة ١١ مارس ١٩٥٦ و ١٧ يونيه ١٩٥٦ و ١٧ ابريل ١٩٥٦ ؛ المدونة العمالية ، ج ١ ، القواعد : ٨٥٤ و ٨٥٨ و ٨٦٤ و ٨٦٨ ، ص ٨١٦ و ٨١٩ و ٨٢٥ و ٨٢٨ على التوالي .



للحماية الواجب توفيرها للعمال الخاضعين لأحكامه ، وهذا ما دعا المشرع الى النص في صلبه على أنه يسرى منذ تفاذه حتى على العقود السابقة ما لم تكن شروطها أكثر فائدة للعامل «١» .

وليس في احتساب المكافأة عن كل مدة العامل حتى السابق منها على تفاذ المرسوم بقانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ وطبقا للأساس المقرر فيه أية شبهة للرجعية . وما كان اعتبار البعض «٢» سريان هذا المرسوم بقانون سريانا رجعيا الا نتيجة الخلط بين استحقاق المكافأة في ذاته وبين قدر المكافأة وأساس احتسابها . وواضح أن استحقاق المكافأة ما دام يقع في ظل هذا المرسوم بقانون نظرا لانتفاء عقد العمل في ظله وما دام يخضع بالتالى لأحكام هذا المرسوم بقانون كما قدمنا، فيكون من الطبيعى أن يتعين قدر المكافأة وأساس احتسابها طبقا لأحكام نفس هذا المرسوم بقانون ولو كان من شأن ذلك ادخال سنوات الخدمة السابقة في الحساب . ولا يستتبع ادخالها في الحساب أية رجعية «٣» ، لأن هذه السنوات المحتسبة ليست هى سبب استحقاق المكافأة حتى يقال اننا باحتسابها نستخلص من وقائع ماضية آثارا لم تكن تولدها في الماضى ؛ وانما انتفاء عقد العمل هو سبب هذا الاستحقاق ، وهذا الانتفاء لم يتحقق الا في ظل هذا المرسوم بقانون .

---

(١) تنص المادة ٥ . من المرسوم بقانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ في شأن عقد العمل الفردى على أنه « يقع باطلا كل شرط في عقد العمل يخالف أحكام هذا القانون ولو كان سابقا على العمل به ، ما لم يكن الشرط أكثر فائدة للعامل » .

(٢) كامل محمد بدوى ، الموضع السابق . - الأحكام المشار اليها سابقا في هامش (٢) ص ٥٠٠ و ٥٠١ .

(٣) ولا يقنع في التدليل على الرجعية القول ( محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، فقرة ٢٢٥ ؛ و فقرة ٢٢٦ ص ٥٥٩ و ٥٦٠ ) بأن المكافأة اجر اضافى مؤجل الى جانب الاجر الاصلى المعجل عن العمل المؤدى بحيث يجب خضوعها اول باول لكل من القوانين المتعاقبة . فلا تؤمن بصحة هذا التكييف بل نرى أن المكافأة في حقيقتها تأمين للعامل عند انتهاء مدة خدمته ويستحق له بهذا الانتفاء ، مع الاعتداد في تقديره بقدوم او حداثة خدمته .



## ٢١٥ - التنازع الزماني في شأن القرائن القانونية في مجال الاثبات

استحدث التقنين المدني الجديد قرينة قانونية على نية الايصاء أو التبرع المضاف الى ما بعد الموت من كون المتصرف اليه وارثا ومن احتفاظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها وبالانتفاع بها طوال حياته ، اذ نص في المادة ٩١٧ على أنه « اذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها ، وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافا الى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقيم دليل يخالف ذلك » . والمشرع ، باستحداث هذه القرينة غير القاطعة ، انما يعنى من يطعن على هذا التصرف مدعى صفة الايصائية - رغم ما يظهر به من شكل المعاوضة الحالة - من عبء اثبات هذه الصفة اذا أثبت توافر شرائط هذه القرينة ، فيقع على عاتق المتصرف اليه اذن تقض هذه القرينة باثبات عكس ما تقضى به .

ويشير هذا النص التساؤل عن مدى سريانه الزماني بالنسبة للتصرفات المبرمة في ظل التقنين المدني القديم أى قبل استحداث هذه القرينة . وقد ذهب بعض الفقهاء الى أن هذا النص يسرى على تلك التصرفات ، على أساس القول بأن الأصل في قواعد الاثبات هو سريانها على جميع الوقائع سواء كانت لاحقة لنفاذها أو سابقة عليه ؛ واذا كان المشرع قد استثنى من ذلك النصوص المتعلقة بالأدلة المهيأة فقصر سريانها على ما يحدث في ظلها من وقائع وتصرفات ، فيستنتج من ذلك بفهوم المخالفة أن النصوص المتعلقة بالقرائن القانونية - وهي ليست من هذه الأدلة - تخرج عن حدود هذا الاستثناء وتبقى على حكم الأصل من تناولها الوقائع السابقة واللاحقة على سواء «<sup>١</sup>» .

---

(١) انور سلطان ، شرح البيع والمقايضة، الطبعة الثانية ، ١٩٥٢ ، فقرة ٢٨ ، ص ٤٢ - ٤٤ . - سليمان مرقس ومحمد على امام ، عقد البيع في التقنين المدني الجديد ، ١٩٥٤ ، فقرة ٢٨ ، ص ٢٧ .



ولكننا لا نقر هذا الرأي . فمن ناحية ، يقوم هذا الرأي على أساس غير مسلم هو أن قوانين الاثبات تسرى على كل الوقائع والتصرفات حتى ما كان سابقا على نفاذها . بينما لا يصدق مثل هذا القول الا في شأن الاثبات المقدم الى القضاء والواجب الاعداد أثناء سير الخصومة . أما حيث يتطلب القانون اعدادا سابقا للاثبات قبل أية خصومة قضائية ، سواء بفرض أدلة مهياة أو باستخلاص قرائن قانونية تعفى من تقرر لمصلحته من اثبات ما تقضى به ، فمعنى ذلك نشوء مركز قانونى اثباتى وقت اعداد أو وجوب اعداد الدليل المهيأ أو وقت حصول الوقائع المستخلصة منها القرينة القانونية ، نشوء لا يملك معه قانون جديد — دون رجعية — إعادة النظر فيه «<sup>١</sup>»؛ ولذلك تسرى القوانين المتعلقة بالأدلة المهيأة وبالقرائن القانونية على الوقائع والتصرفات التى تقع فى ظلها وحدها دون تلك السابقة على نفاذها . وهذا يكشف ، من ناحية ثانية ، عن عدم صحة ما يذهب اليه هذا الرأي من وصف النص على اخضاع الأدلة المهيأة للقانون الذى أعدت أو كان واجبا اعدادها فى ظله بأنه استثناء من أصل سريان قوانين الاثبات على الوقائع والتصرفات السابقة ، وبالتالي عن عدم صحة الاستنتاج بمفهوم المخالفة المستخلص منه .

والواقع أن معاملة القرائن القانونية نفس معاملة الأدلة المهيأة من حيث الخضوع للقانون الواقع فى ظله الوقائع المستخلصة منها القرينة أو اعداد الدليل المهيأ أو وجوب اعدادها ، هو ما يستقر عليه الفقه «<sup>٢</sup>» والقضاء «<sup>٣</sup>» . وهو ما رؤى أمام بداهته ووضوحه اغفال تضمين التقنين

---

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 56, pp. 449, 450

(٢) Roubier, op. cit., t. I, No. 56, pp. 449, 450, 456. — Esmein, op. cit.,

عبد المنعم البدرأوى ، عقد البيع فى القانون المدنى ، ١٩٥٧ ، فقرة ٤٨ . — منصور مصطفى منصور ، العقود المسماة : البيع والمقايضة والايجار ، ١٩٥٧ ، فقرة ١٦ ، ص ٣٢ .

(٣) راجع فى الإشارة الى أحكام القضاء الفرنسى فى هذا المعنى :

Roubier, op. cit., t. II, No. 143, p. 722.



المدنى الجديد ما كان يتضمنه مشروعه التمهيدى — فى شأن السريان الزمانى للنصوص المتعلقة بالقرائن القانونية — من نص مشابه للنص الوارد فى ذلك فى شأن الأدلة المهيأة «١» ، فاكفى بالابقاء على النص الخاص بالأدلة المهيأة مادام مفهوما خضوع القرائن القانونية لنفس حكمه «٢» .

وعلى ذلك ، يجب القول بأنه حيث ينشئ المشرع قرينة قانونية لم تكن موجودة ، فالها لا تسرى على الوقائع السابقة أو تستخلص منها . وكذلك حيث يلغى المشرع قرينة كان يفرضها من قبل ، فان الوقائع السابقة تبقى خاضعة لما كان مستخلصا منها — وقت وقوعها — من قرينة . والقول بغير ذلك معناه اقامة رجعية غير جائزة ، اما باعطاء الوقائع السابقة أثرا من ناحية الاثبات لم يكن لها ، واما بانكار ما كان لها وقت وقوعها من مثل هذا الأثر . ولذلك ، فاذا كانت المادة ٩١٧ من التقنين المدنى الجديد تستحدث قرينة قانونية على نية الايصاء ، فان هذه المادة لا تسرى على التصرفات السابقة على تفاذها والا كان سريانها رجعيا «٣» ، فيقتصر

---

(١) كانت المادة ١٩ من المشروع التمهيدى تنص على أن «تسرى فى شأن القرائن القانونية النصوص المعمول بها فى الوقت الذى تم فيه العمل أو الحادث الذى تترتب عليه القرينة القانونية» . وكانت المذكرة الايضاحية تذكر — تعليقا على هذا النص — أن حكمه « يتمشى... مع وظيفة القرينة القانونية ، فهى تغنى من تقرر لصالحه عن أية طريقة أخرى من طرق الاثبات ... بالنسبة الى مسألة بخصوصها . فمن يتمسك بقرينة من القرائن القانونية يستند الى واقعة يفترض القانون قيامها ويقيله بذلك من عبء اقامة الدليل عليها . وفى هذه الحدود تكاد القرينة لا تختلف فى الجوهر عن الأدلة المهيأة التى تقدمت الاشارة اليها » (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، ج ١ ، ص ٢٢٥ و ٢٢٦ ) .

(٢) وافقت لجنة المراجعة على حذف المادة ١٩ سالفه الذكر « لعدم الحاجة اليها » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٢٢٧ ) .

(٣) فى هذا المعنى :  
عبد المنعم البدرأوى ، ومنصور مصطفى منصور ، المواضع السابقة .



العمل بالقرينة اذن على التصرفات المبرمة في ظل التقنين المدني الجديد وحدها .

## ٢١٦ - بعض مشاكل السريان الزماني لقانون الاصلاح الزراعى

يشير المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالاصلاح الزراعى مشاكل تتعلق بمدى سريانه في الزمان ، يعنينا أن نعرض لاحداها ، وهى تلك المتعلقة بالمادة الأولى التى تنص على أنه « لا يجوز لأى شخص أن يمتلك من الأراضى الزراعية أكثر من مائتى فدان . وكل عقد يترتب عليه مخالفة هذا الحكم يعتبر باطلا ولا يجوز تسجيله » ؛ اذ ما مدى سريان هذه المادة على ما أبرم ولم يسجل قبل تهاذ قانون الاصلاح الزراعى من عقود بيع مثلا من شأنها تمليك المشتري أو زيادة ما يمتلكه على مائتى فدان ؟ .

ينبغى لتحديد مدى هذا السريان الزماني أن نراعى أن مركز المالك العقارى لا يتكون الا باجتماع عنصرين : انعقاد العقد من ناحية ، وتسجيله من ناحية أخرى . والشأن فى مثل هذا النوع من المراكز - كما قدمنا - أن القانون الجديد يتناول ما يتوافق فى ظله من عناصر التكوين بمقتضى ما له من أثر مباشر ، دون أن يملك المساس بما توافر فعلا من هذه العناصر فى ظل القانون القديم نظرا لانعدام أثر الرجعى .

ولما كان العنصر الأول - وهو انعقاد العقد - قد توافر صحيحا قبل تهاذ قانون الاصلاح الزراعى ، فلا يملك هذا القانون - والا كان رجعيا -

---

= وانظر كذلك فى انتقاد تبرر سريان هذه المادة على التصرفات السابقة على أساس القول ( أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص ٤٥ و ٤٦ ) بأن حكمها حكم تفسرى :

منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، ص ٣٣ . - عبد المنعم البدر اوى ، المرجع السابق ، ص ٧١ و ٧٢ .



اعادة النظر في العقاده الصحيح من جديد . ولكنه ، على العكس ، يملك بمقتضى أثره المباشر ودون أية رجعية من جانبة اخضاع العنصر الثانى — وهو تسجيل العقد — لحكمه الجديد القاضى بالمنع ما دام أنه لم يتحقق فى ظل القانون القديم . وعلى ذلك ، فان عقود البيع التى عقدت صحيحة قبل نفاذ قانون الاصلاح الزراعى وكان من شأنها تمليك المشتري أكثر من مائتى فدان أو زيادة ما يملكه من الأراضى عن ذلك ، تبقى على صحتها التى ثبتت لها من قبل دون أن يلحقها البطلان الذى جاء هذا القانون مقررا له ؛ ولكن صحتها لا تحول دون امتناع تسجيلها بعد نفاذه خضوعا لسلطانه المباشر «١» .

وبذلك تبقى هذه العقود صحيحة «٢» ولكن يمتنع تسجيلها ، بحيث يقتصر أثرها حينئذ على مجرد توليد التزامات شخصية بين المتعاقدين . ولما كان تنفيذ التزام البائع بنقل ملكية الأراضى المبيعة قد أصبح مستحيلا نظرا لاعمال حكم قانون الاصلاح الزراعى بمنع التسجيل ، فتتفسخ هذه العقود ، وينقضى — تبعا لاقضاء التزام البائع بنقل الملكية — التزام المشتري بدفع الثمن بحيث يكون له استرداده اذا كان قد أداه .

## ٢١٧ - التنازع الزمانى فى مسائل الجنسية

يشيع لدى بعض الفقهاء — وخاصة فقهاء النظرية التقليدية — القول بأن نصوص فروع القانون العام — على خلاف نصوص فروع القانون

(١) فى هذا المعنى :

اسماعيل غانم ، الحقوق العينية الأصلية ( على الآلة الكاتبة ) ١٩٥٤ ، ص ٦٥ . — وكتابنا فى الحقوق العينية الأصلية، ١٩٥٧، هامش (١)، ص ٢٤٣ .

(٢) وعلى أى حال ، فمثل هذه العقود لا يعتد بها فى تطبيق احكام قانون الاصلاح الزراعى، حتى ولو سجلت قبل نفاذه، اذا لم تكن ثابتة التاريخ قبل ٢٢ يوليو ١٩٥٢ ( م ١/٣ من قانون الاصلاح الزراعى ) .



الخاص — لا تخضع لمبدأ عدم الرجعية ، على أساس أنه لا توجد حقوق مكتسبة ضد صالح الدولة أو الصالح العام . ولكن مثل هذا النظر فيه خلط واضح بين الأثر الرجعي والأثر المباشر ، فأكثر ما يعتبرونه من نصوص القانون العام نصوصا رجعية لا يعدو أن يكون سريانها مجرد سريان مباشر . والواقع أنه ليس ثم ما يدعو الى اختلاف بين نصوص القانون العام ونصوص القانون الخاص في هذا الشأن ، فمن الواجب خضوعها جميعا لمبدأ عدم الرجعية مفهوما على وجهه الدقيق الصحيح . وإذا وجد — فيما وراء ذلك — اختلاف بين القانون العام والقانون الخاص — في شأن مشكلة السريان الزماني — ، فهو أن اعمال الأثر المباشر يكاد يكون هو الأصل المطلق لنصوص القانون العام ، بينما توجد في القانون الخاص أحوال كثيرة يتحتم فيها الخروج على أصل الأثر المباشر للنصوص الجديدة وتقرير استمرار سريان النصوص القديمة . وهذا الاختلاف طبيعي أمام الصفة الآمرة لنصوص القانون العام ، وأمام ما يوجد في القانون الخاص — الى جوار النصوص الآمرة — من نصوص مفسرة أو مكملة ومن عقود تخضع لسلطان الإرادة ويستقل الأفراد بترتيب آثارها « ١ » .

وفي طليعة مشاكل التنازع الزماني التي تثور في نطاق القانون العام المشاكل التي يثيرها تعاقب قوانين الجنسية في الزمان . فقد كان قانون الجنسية لسنة ١٩٥٠ يقرر اعتبار المولود في الخارج، لأب مجهول الجنسية أو عديمها وأم مصرية ، مصرية اذا اختار الجنسية المصرية خلال سنة من بلوغ سن الرشد . ثم جاء قانون الجنسية الجديد ( القانون رقم ٣٩١ لسنة ١٩٥٦ ) مضيفا شروطا جديدة لكسب الجنسية المصرية في هذه الحالة هي : توافر اقامة عادية في مصر مدة خمس سنوات متتاليات على الأقل سابقة على بلوغ سن الرشد ، وموافقة وزير الداخلية على اختيار هذا الشخص الجنسية المصرية ( م ٣ ) .

(١) راجع في ذلك :

Roubier, op. cit., t. II, No. 121, pp. 461 - 465.



وواضح أنه إذا كانت عناصر المركز القانوني لاكتساب الجنسية المصرية في هذه الحالة قد توافرت واجتمعت كلها في ظل القانون القديم وطبقا لشروطه ، بأن كان الشخص قد بلغ سن الرشد وقرر اختيار الجنسية المصرية في خلال سنة من ذلك وقبل نفاذ القانون الجديد ، فلا سلطان للقانون الجديد — والا كان رجعيا — على ما تم من تكوين هذا المركز واكتساب الجنسية فعلا قبل نفاذه . وأما إذا لم تكن هذه العناصر قد توافرت في ظل القانون القديم أو توافر بعضها دون البعض الآخر ، بأن كان الشخص لم يبلغ سن الرشد في ظل القانون القديم أو كان قد بلغه في ظله ولكن أدركه نفاذ القانون الجديد قبل مضي سنة على هذا البلوغ وقبل تقريره اختيار الجنسية المصرية ، فيخضع اكتساب الجنسية المصرية حينئذ للسلطان المباشر للقانون الجديد «<sup>١</sup>» .

---

(١) في هذا المعنى :  
شمس الدين الوكيل ، محاضرات في القانون الدولي الخاص ، الجنسية والوطن ومركز الأجانب في مصر ، ١٩٥٧ ، ص ١٣١ .







## الباب الثانى

### تفسير القاعدة القانونية (١)

#### ٢١٨ - تمهيد وتقسيم

إذا تعين نطاق القاعدة القانونية أو مدى سريانها على ما بسطناه فى الباب السابق ، لم يبق - لامكان تطبيق القاعدة القانونية على فروض الواقع - الا تفسيرها ، أى الوقوف على معنى ما تتضمنه من حكم والبحث عن الحكم الواجب اعطاؤه لما قد يعرض فى العمل من فروض لم تواجهها القاعدة القانونية .

فالتفسير اذن له معنى أوسع مما يتصور له أول وهلة . فهو ينصرف لا الى التشريع وحده أو القوانين المكتوبة بوجه عام - كما يرى بعض الفقهاء «٢» - ولكن الى بقية المصادر الرسمية الأخرى للقانون كذلك ، كالعرف والدين ، والقضاء فى الدول التى تعدده مصدرا رسميا للقانون فيها ، وذلك لبيان ما تتضمنه هذه المصادر الرسمية المختلفة من أحكام

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Gaudemet, L'interprétation du code civil en France depuis 1804. — Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2 vol., 2ème éd., 1932. — Coste-Floret, Les problèmes fondamentaux du droit, 1946, pp. 107 - 131. — Du Pasquier, Les lacunes de la loi et de la Jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur l'art. 1er, CCS.

(٢) عبد الرزاق السنهورى وأحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق  
فقرة ١٥٨ . - عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ٢٠١ .



تنطبق على ما تواجهه من فروض • فان عجزت كل هذه المصادر الرسمية عن اعطاء الحكم لبعض ما قد يستجد من فروض في العمل ، فلا مناص حينئذ من دفع التفسير — كما سنرى — الى غيرها من المصادر المادية أو الموضوعية للقانون لاستنباط الحكم منها ، فهي التي تمثل جوهر القانون ومصدره الحقيقي • فمشكلة التفسير اذن مشكلة عامة تثار بصدد كل المصادر الرسمية للقانون على اختلافها ، ثم تجاوز ذلك كله — عند نقصها — الى المصادر الأولية المكونة لجوهره •

وقد ينبغي الوقوف — في صدد مشكلة تفسير القاعدة القانونية — على أنواع التفسير والهيئات المختلفة التي قد تقوم به • ثم التعرف بعد ذلك على المدارس والمذاهب المختلفة في فقه التفسير ، وهي التي ينعكس أثر اختلافها على ضوابط التفسير وطرائقه •

ومن هنا ، تقسم هذا الباب الى فصلين :

الفصل الأول — في أنواع التفسير •

الفصل الثاني — في مدارس التفسير وطرائقه •



## الفصل الاول

### أنواع التفسير

لا تستقل هيئة واحدة بمهمة تفسير القواعد القانونية ، بل قد تقوم بها هيئات مختلفة : فقد يصدر التفسير عن المشرع نفسه ، وقد يصدر عن الفقه أو قد يقوم به القضاء حينما يدعى الى تطبيق القواعد القانونية .

#### ٢١٩ - التفسير التشريعي

يقصد بالتفسير التشريعي ( L'interprétation Législative ) قيام المشرع نفسه ببيان حقيقة معنى الحكم الوارد في تشريع سابق اشتد حول تفسيره الخلاف في القضاء ، أو أخذ القضاء في تفسيره بمعنى يناقئ قصد المشرع منه . ففى مثل هذه الأحوال يرى المشرع من واجبه التدخل حسبما للخلاف ، أو بيانا للمعنى المقصود من التشريع . وقد كان هذا النوع من التفسير رائجا في الجماعات القديمة ، بل كان معتبرا أهم أنواع تفسير القانون فيها . غير أنه لم يعد للتفسير التشريعي في العصر الحديث اليوم الا حظ ضئيل في تفسير القواعد القانونية ، ومرد ذلك الى انتشار مبدأ فصل السلطات واقتصار المشرع على فرض القواعد القانونية والالزام بها ، تاركا الى القضاء مهمة تفسيرها وتطبيقها على فروض العمل المختلفة .

وفي الحالات النادرة التي يتدخل فيها المشرع اليوم لتفسير تشريع سابق ، يكون هذا التفسير ملزما للمحاكم بحيث تنقيد به في الحكم وفقا للتشريع السابق . وقد أشرنا من قبل الى مدى سريان التشريعات التفسيرية في الزمان ، ووجوب تطبيقها على كل ما لم يفصل فيه نهائيا من القضايا .



والتفسير التشريعى يصدر عادة من الهيئة التى أصدرت التشريع المراد تفسيره . غير أن ضرورات العمل قد تدعو الى تخويل هيئة أخرى حق ائتمام بهذا التفسير ، مما يعتبر معه تفسيرها تفسيراً تشريعياً ملزماً كذلك .

ومن الأمثلة فى القانون المصرى على التفسير التشريعى ، المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ ، الذى حسم الخلاف الناشب حول تفسير المرسوم الصادر فى ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ بفرض السعر الإلزامى للعملة الورقية واعتبار الدفع بها كما لو كان حاصلاً بالعملة الذهبية ، دون اعتبار لأى اتفاق يخالف ذلك ؛ فقد أوضح هذا التشريع التفسيرى أن بطلان شرط الدفع بالذهب طبقاً لمرسوم ١٩١٤ لا يقتصر على المعاملات الداخلية، بل يمتد كذلك الى المعاملات الخارجية «١» .

ولعل أحدث مثل على اعطاء التفسير الى هيئة رسمية معينة غير تلك التى أصدرت التشريع ، ما يخوله المرسوم بقانون رقم ٢٦٤ لسنة ١٩٥٢ للجنة العليا للإصلاح الزراعى — المنشأة للإشراف على عمليات الاستيلاء والتوزيع المترتبة على تطبيق أحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ — من سلطة « تفسير أحكام هذا القانون ، وتعتبر قراراتها فى هذا الشأن تفسيراً تشريعياً ملزماً وتشر فى الجريدة الرسمية » «٢» .

## ٢٢٠ - التفسير الفقهى والقضائى

يقصد بالتفسير الفقهى ( L'interprétation doctrinale ) ذلك التفسير الذى يقوم به الفقهاء بصدد دراستهم للقانون . أما التفسير القضائى ( L'interprétation judiciaire ) ، فيقصد به ذلك التفسير الذى تتولاه المحاكم حينما تدعى الى تطبيق القانون على المنازعات المرفوعة اليها . والتفسير

(١) أنظر فى تفصيل ذلك :

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ٢٢٦ .

(٢) أضيفت هذه المادة الى المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ فأصبحت المادة ١٢ مكررة منه .



الفقهى والتفسير القضائى ، هو ما تقصده أساسا من الكلام عن تفسير القاعدة القانونية وطرائقه .

ويراعى أن القضاء — وهو لا يندفع الى التفسير الا للحكم فيما أمامه من منازعات وأقضية — يتأثر الى حد بعيد بالاعتبارات والظروف العملية ، بينما الفقه تغلب على تفسيره الصفة النظرية خاصة اذا كان مخالفا لتفسير القضاء ، اذ هو يبحث عن تعرف قواعد القانون في تجريدها لا في تطبيقها الفردى بصدد منازعات خاصة معينة . ولا يعنى ذلك وجود تعارض تام بين الفقه والقضاء ، فهما — على العكس من ذلك — يحرصان على التعاون فيما بينهما فى تفسير القانون بما يتيح الجمع بين الفوائد النظرية والعملية على السواء «(١)» . فالتفسير الفقهى يسبق عادة التفسير القضائى ويعين عليه ، وهو يضطر القضاء على أى حال — أمام تداول الخصوم مختلف التفسيرات الفقهية — الى اتخاذ موقف منها بالانحياز الى بعضها دون البعض الآخر . والتفسير القضائى كذلك يكون محلا لعناية كبرى من جانب الفقه ، فيحاول — عن طريق الوصل بين مختلف الأحكام — استخلاص الاتجاهات العامة للقضاء . وقد تمد الأحكام القضائية الفقه بفروض عملية لم يتصورها فى المجال التجريدى البحت ، مما قد يدعو الى إعادة النظر فيما سبق من تفسيره أو الى تضيق شقة الخلاف بين مختلف التفسيرات الفقهية . ولكن قد يدعو انتقاد الفقه اتجاها معينا للقضاء الى حمل المحاكم على العدول عما استقرت عليه — من قبل — من تفسير .

(١) انظر فى التعاون بين الفقه والقضاء فى تفسير القانون :

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 345.



## الفصل الثاني

### مدارس التفسير وطرائقه

#### ٢٢١ - تائر التفسير بالخلاف حول اصل القانون

تختلف مدارس التفسير وطرائقه باختلاف النظرة الى أصل القانون وأساسه . فحيث يعقد القانون بارادة الدولة وتنحصر مصادره في مصدر وحيد هو التشريع ، تظهر مدرسة التزام النص في التفسير . وحيث يؤخذ القانون على أنه انبعث من ضمير الجماعة ومن الظروف المحيطة بها ، توجد المدرسة التاريخية أو الاجتماعية في التفسير . وحيث يؤخذ القانون على أنه جوهر وصناعة أو علم وصياغة، توجد المدرسة العلمية أو مدرسة البحث والتفسير الحر . فنتكلم في فقه هذه المدارس وطرائقها على التوالي ، كل في مطلب على حدة ، ثم نعرض في مطلب أخير للتفسير في القانون المصري .

## المطلب الأول

### مدرسة التزام النص

L'Ecole de l'exégèse

#### ٢٢٢ - فقه مدرسة التزام النص وطرائقها (١)

ظهرت هذه المدرسة في أعقاب التقنيات الفرنسية التي صدرت في

---

(١) انظر في ذلك بصفة خاصة :

Bonnecase, Introduction à l'étude du droit, 3e éd. 1939, Nos. 140-154. —  
Coste - Floret, op. cit., pp. 107 - 115. — De La Gressaye et Laborde - =



مفتتح القرن التاسع عشر ، اذ بهرتها حركة التقنين الضخمة التي لم يكن للناس عهد بها ، وساعدتها على تأييد اعتقاد المذهب الشكلي في رد القانون الى ارادة الدولة ومشية المشرع ؛ فتأدت الى القول بأنه لا يوجد شيء وراء التشريع من مصادر موضوعية ، أو دونه من مصادر رسمية ، وأن هذه التقنيات قد جمعت فأوعت وتبأت بكل ما قد يعرض في المستقبل من فروض .

وأمام مثل هذا المنطق في تصوير أصل القانون وتكوينه ، أضفت هذه المدرسة على نصوص التشريع قدسية كبيرة حتى لكأنها تنزّل من عند الله ، ولم تقدس مضمون هذه النصوص فحسب ، بل قدست فضلا عن ذلك الترتيب الواردة به في التقنيات ، فجرت شروح فقهاءها على تناولها نصا نصا بحسب ترتيبها الرسمي ، حتى عرفت هذه المدرسة كذلك باسم « مدرسة الشرح على المتون » .

ولم يكن بد — والتشريع يعتبر ، على هذا النحو ، المصدر الوحيد للقانون ، ونصوصه في مثل هذا المكان من التقديس — من أن يقوم تفسير القانون — في منطق هذه المدرسة — على مجرد تفسير نصوص التشريع ؛ ولما كان التشريع لا يصدر الا عن ارادة واعية بصيرة هي ارادة المشرع ، فتفسير نصوصه ينحصر — عند هذه المدرسة — في الوقوف على هذه الارادة وقت وضعها لا وقت تطبيقها ، حتى ولو تغيرت الظروف الاجتماعية تغيرا كبيرا بين وقت وضع النصوص ووقت تطبيقها . فالقواعد القانونية اذن هي مجرد تعبير عن ارادة المشرع ، فلا قيمة لها بذاتها مجردة عن هذه الارادة . ومن هنا يتحتم — للوقوف على مضمون القواعد القانونية — الوقوف على ارادة المشرع الحقيقية ان وجدت ، فان لم

---

= Lacoste, op. cit., No. 263. — Du Pasquier, op. cit., Nos. 196 + 204. — Gény, op. cit., t. I, Nos. 8 + 30.



توجد لم يكن ثم مناص من الالتجاء الى ارادته المفترضة .

### أولا - الوقوف على ارادة المشرع الحقيقية :

إذا كان النص واضحا في صيغته ولا خفاء في معناه ، فهو يكشف في سر عن ارادة المشرع بمجرد التفسير اللفظي أو اللغوي ، مما يكاد يقتصر معه دور المفسر على التطبيق الآلي للنص ، اذ كما يقولون « لا اجتهد مع النص » . غير أن من النادر أن يأتي النص واضحا وضوحا لا يحتاج معه الى أكثر من التفسير اللفظي أو اللغوي ، فقد يكون مبهما أو ناقصا . وهنا يجب الرجوع - للوقوف على ارادة المشرع الحقيقية - الى عناصر خارجية لا تستمد من ألفاظ النص :

فقد تعين حكمة التشريع على تبين المقصود من ألفاظ النص . فقانون العقوبات مثلا يعتبر الليل ظرفا مشددا للعقاب على جريمة السرقة . ولما كان للفظ « الليل » معنيان : معنى لغوي يفيد فترة الاظلام ، ومعنى فلكي يفيد الفترة ما بين غروب الشمس وشروقها ، فلا يفيد في ترجيح أحد المعنيين الا الوقوف على الحكمة من تشديد العقاب . وظاهر أن هذه الحكمة هي اتخاذ الليل ستارا يسهل في ظلامه ارتكاب السرقة . ومن هنا ينبغي أخذ « الليل » في تشديد العقاب بمعناه اللغوي لا بمعناه الفلكي ، واعتبار هذا المعنى هو الذي اتجه اليه قصد المشرع الحقيقي .

وقد يستعان بالمصادر التاريخية التي استقى المشرع منها نصوصه في الوقوف على ارادته الحقيقية ، فيرجع مثلا - في تفسير نصوص القانون المصري - الى القوانين الأجنبية التي استقى منها أو الى الشريعة الإسلامية فيما استمد منها من نصوص كنصوص التشريعات الخاصة بالوقف والميراث والوصية . وكثيرا ما يستعان كذلك بالأعمال التحضيرية التي صاحبت وضع نصوص التشريعات والمناقشات التي دارت حولها للوقوف



على معناها وقصد المشرع الحقيقي منها .

### ثانيا - الانجاء الى ارادة المشرع المفترضة :

١ - اذا لم توجد ارادة حقيقية للمشرع يمكن الوقوف عليها بالوسائل السابقة ، بأن لم توجد نصوص تنطبق مباشرة على بعض ما يعرض من فروض العمل ، فتستخرج الحلول الواجب اعطاؤها لهذه الفروض من نصوص التشريع نفسه بواسطة طرق الاستنتاج المنطقي المختلفة ، وتنسب هذه الحلول الى المشرع نفسه على أساس أن هذه هي ارادته المفترضة ، أى على أساس افتراض وجود ارادة للمشرع في الاخذ بهذه الحلول وان يكن قد أغفل التعبير عنها . ومرد هذا الافتراض الى أن المشرع اما قد نص على نفس هذه الحلول في فروض مشابهة أو في فروض تكون علة الحكم فيها أضعف من علته في الفروض غير المنصوص عليها ، واما قد نص على عكس هذه الحلول في الفروض المخالفة . أى يقوم افتراض ارادة المشرع على الاستنتاج عن طريق القياس أو الاستنتاج من باب أولى ، أو الاستنتاج من مفهوم المخالفة .

(١) الاستنتاج عن طريق القياس : يقصد به اعطاء حالة غير منصوص عليها حكم حالة منصوص عليها لاتحاد العلة في الحالتين . فمثلا كانت المادة ٢٢٧ من التقنين المدني القديم تنص على أن « المحررات الغير الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها ما لم يحصل انكار الكتابة أو الامضاء » ، فيمكن قياس الختم والبصمة على الامضاء واعطائهما نفس الحكم « ١ » . وكذلك كانت المادة ٣١٢ من قانون العقوبات تعفى من العقاب على جرائم السرقة التي تقع اضرار بالزوج أو الزوجة أو الأصول أو الفروع ؛ ولما كانت العلة من هذا الاعفاء هي المحافظة على كيان الأسرة وتدعيم العلاقات بين أفرادها ، وكانت العلة متوافرة كذلك في جريمة النصب وخيانة

---

(١) عبد الرزاق السنهوري وحشمت ابو سبت ، المرجع السابق ،



الأمانة توافرها في جريمة السرقة سواء بسواء ، فتقاس هاتان الجريمتان على جريمة السرقة وتعطيان نفس الحل من اعفاء مرتكبيها من العقاب في نفس الحالات (١) .

(٢) الاستنتاج من باب أولى : يقصد به اعطاء حالة غير منصوص عليها حكم حالة منصوص عليها ، لأن علة الحكم في الحالة الأولى تكون أكثر توافرا منها في الحالة الثانية . فقانون العقوبات مثلا يخفف العقاب على من يقتل زوجته وشريكها حال تلبسهما بالزنا ، فيسرى التخفيف الوارد بشأن القتل على الضرب المحدث لعاهة مستديمة من باب أولى . ولذلك يعطى قانون العقوبات الزوج حق وقف تنفيذ الحكم الصادر بالعقاب على زوجته لارتكابها جريمة الخيانة الزوجية اذا رضى بمعاشرتها له كما كانت فيكون له من باب أولى حق وقف السير في اجراءات الدعوى ضدها قبل صدور حكم عليها .

(٣) الاستنتاج من مفهوم المخالفة : يقصد به اعطاء حالة غير منصوص عليها ، عكس حكم حالة منصوص عليها ، اما لاختلاف العلة في الحالتين ، واما لأن اقتصار النص على هذه الحالة يفيد تخصيصها وحدها بالحكم الوارد فيه ونفى هذا الحكم عما عداها من حالات نفس النوع . فالمادة الرابعة مثلا من التقنين المدنى تنص على أن من استعمل حقه استعمالا مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر ، فيستنتج بمفهوم المخالفة أن من يستعمل حقه استعمالاً غير مشروع يكون مسئولاً عما يترتب على هذا الاستعمال من ضرر .

وتنص المادة ١١٣٧ من هذا التقنين على أن « الحقوق المبينة في المواد الآتية تكون متازة الى جانب حقوق الامتياز المقررة بنصوص

(١) انظر نقض ٢٧ يونيه ١٩٢٢ ، مجموعة عمر ( الجنائية ) ، ج ٢ ، رقم ٣٦٢ ، ص ٥٩٦ .

ولكن انظر في اختلاف الآراء حول القياس على هذه المادة بعد تعديلها : محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص ، ١٩٥١ ، فقرة ٤٢٦ . - حسن المرصفاوى ، اصول الاجراءات الجنائية ، ١٩٥٧ ، هامش (١) ص ٧١ ؛ جرائم المال ، ١٩٥٧ ، فقرات ٣١١ و ٤٨٦ و ٧٧٥ .



خاصة » ، فيستنتج من ذلك بمفهوم المخالفة أن الحقوق التي لم ينص على امتيازها لا تدون حقوقا متنازة بل تكون مجرد حقوق عادية .

وكذلك تنص م ١/٦٠٤ من نفس التقنين على أنه « اذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختيارا أو جبرا الى شخص آخر ، فلا يكون الايجار نافدا في حق ذلك الشخص اذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية » . فيستنتج من ذلك بمفهوم المخالفة أن الايجار الذي له تاريخ ثابت سابق على التصرف الناقل للملكية العين المؤجرة ينفذ في حق المالك الجديد .

وفي التقنين المدني القديم كان منصوفا على بطلان بيع الحقوق في تركة مستقبلية ، فاستنتج من مفهوم المخالفة أن كل ما عدا ذلك من بيع الأشياء المستقبلية يعتبر صحيحا ، وذلك على أساس أن حكم البطلان — وقد ورد خاصا بحالة معينة من حالات بيع الأشياء المستقبلية — قد قصد به تخصيص هذه الحالة بالذات بهذا الحكم دون غيرها من حالات بيع الأشياء المستقبلية « ١ » . وقد أخذ التقنين المدني الجديد صراحة بهذا الحكم ( م ١٣١ ) .

٢ — فاذا لم تفلح طرق الاستنتاج المنطقي هذه في ايجاد حلول لما يستجد في العمل من فروض ، ينبغي الالتجاء الى استخراج المبادئ والنظريات العامة من نصوص التشريع المختلفة ، ونسبة هذه المبادئ والنظريات افتراضا الى ارادة المشرع وقت وضع التشريع ، ثم الاعتماد عليها في تفريع واستخلاص الحلول اللازمة لمواجهه فروض العمل الجديدة على أساس انها كذلك قصد المشرع واراوته المفترضة « ٢ » .

**الوقوف عند الارادة الحقيقية للمشرع في بعض المسائل الجنائية :**  
وأيا ما كان الأمر، فان مدرسة التزام النص لا تطلق التفسير واسعا على

---

(١) عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة

١٦٤ ، ص ٢١١ .

(٢) Coste - Floret, op. cit., p. 113



النحو السابق في كل المسائل . ففي المسائل الجنائية ، يجب اتباع التفسير الضيق الذي يقنع بتبين الارادة الحقيقية للمشرع دون مجاوزة ذلك الى ارادة مفترضة له ، وذلك احتراما للقاعدة الأصولية في المسائل الجنائية من أنه « لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون » . فهذه القاعدة اذن هي التي تحدد نطاق التفسير الضيق في المسائل الجنائية . فلا يكون مثل هذا التفسير لازما الا حيث يتعلق الأمر بتقرير الجرائم وفرض العقوبات، اذ يؤدي التفسير الواسع الى خلق جرائم أو فرض عقوبات لا ينص عليها القانون وهو ما لا يجوز بحال من الأحوال . أما حيث يتعلق الأمر بالاجراءات الجنائية أو المنع من العقاب أو الاعفاء من المسؤولية الجنائية، فلا حرج من التوسع في التفسير على النحو السابق بيانه ؛ ولذلك أشرنا من قبل الى بعض امثلة على اتباع وسائل الاستنتاج عن طريق القياس أو من باب أولى في مسائل جنائية خاصة بالاعفاء من العقاب أو التخفيف منه . وهذا المذهب في تفسير القانون الجنائي هو المسلم الى اليوم في الفقه الحديث «<sup>١</sup>» .

### ٢٢٣ - نقد مدرسة التزام النص «<sup>٢</sup>»

تلك هي مدرسة التزام النص في تفسير القانون . وعيب طريقتها في التفسير يتركز في فساد الأساس الذي تقوم عليه في تصور القانون . فالقانون عندها هو ارادة الدولة ولا شيء غير ارادتها ، مما يستتبع أن يكون التشريع هو مصدره الوحيد . وقد سبق «<sup>٣</sup>» ايضاح فساد هذه

(١) راجع في تفسير القانون الجنائي :

السعيد مصطفى السعيد ، الأحكام العامة في قانون العقوبات ، ١٩٥٢ ، ص ٨٤ - ٨٧ .

(٢) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Gény, op. cit., t. I, Nos. 31 - 36; Nos. 60 - 82. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., No. 264.

(٣) راجع سابقا ، فقرة ٥٠ .



النظرة الشكلية الى القانون ، فلا نعود الى ذلك .

وانما يعنينا هنا أن تتبين ما جرت به هذه النظرة الضيقة الى القانون من طريقة معيبة في تفسيره . فقد أدى اعتبار التشريع مصدر القانون الوحيد الى وقف جهد التفسير على نصوصه والاسراف في استعمال طرق التفسير اللفظي أو اللغوي بشأنها ، وفي الاعتماد على الأعمال التحضيرية التي مهدت لوضعها ، رغم أنه ليست لهذه الأعمال حجية مطلقة في بيان قصد المشرع «<sup>١</sup>» لما قد يشوبها من أخطاء أو يقع فيها من تناقض ، وخاصة في العصر الحديث حيث تقوم المجالس النيابية بالتشريع وما يصحب ذلك من مناقشات متناقضة وغير دقيقة لصدورها في الغالب عن اشخاص غير مختصين «<sup>٢</sup>» .

وكذلك أدى منطق هذه المدرسة الى دوران التفسير كله في فلك ارادة المشرع ، للوقوف — ليس فقط على ما اتجهت اليه هذه الارادة فعلا — ولكن كذلك على ما يفترض أنها كالت تتجه اليه — وقت وضع النصوص — لو أنه عرض أمامها ما يستجد في العمل من فروض . وفي ذلك أسرف فقهاء هذه المدرسة في الاعتماد اعتمادا كبيرا على طرق الاستنتاج المنطقي المختلفة ، رغم ما ينبغي من حذر شديد في الالتجاء اليها وخاصة الى طريق الاستنتاج من مفهوم المخالفة . فهذه الطريق غير مأمونة العواقب ، اذ قد يكون الحكم المنصوص عليه مجرد حكم وارد على سبيل

---

(١) انظر أمثلة على ذلك ما اشرنا اليه من قبل ( هامش (١) ، ص ٣٢٨ و ٣٢٩ ) في شأن تحديد القانون ذي الولاية في مسائل مواريث ووصايا غير المسلمين . وكذلك ما سبقت الاشارة اليه ( ص ٤٦٩ و ٤٧٠ ) من اخذ المذكرة الايضاحية لقانون المجالس الحسبية بعدم سريانه على من بلغوا سن الرشد من قبل ، وهو ما لم يسايرها الفقه فيه .

(٢) انظر في ذلك :

Henri Capitant, Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois, Recueil d'études en l'honneur de F. Génys, t. II, pp. 204 - 216.



التمثيل بحالة معينة تطبيقاً لقاعدة عامة لا على سبيل الحصر والاستثناء ،  
فيكون من الخطأ اذن اعتبار هذا الحكم بصفة مطلقة خاصاً بتلك الحالة  
دون غيرها من الحالات الأخرى المشتركة في نفس الصفة والوضع ، واعطاء  
هذه الحالات حكماً عكسياً لحكمها .

وكذلك فالعبودية للنصوص التي هي طابع هذه المدرسة ، ومنطقها  
في قسر هذه النصوص قسراً لاستخلاص حلول ومبادئ ونظريات عامة  
تنسب زوراً الى ارادة المشرع توصلها الى اكسابها نفس القدسية التي  
تتمتع بها النصوص ، كل ذلك أدى الى الجمود بالقانون وعرقلة تطوره  
وحصره في ارادة مفترضة للمشرع وقت وضع النصوص ، حتى ولو بعد  
بوضعها العهد وتغيرت ظروف الحياة في الجماعة أيما تغير .

## المطلب الثاني

### المدرسة التاريخية او الاجتماعية (١)

L'école historique ou sociologique

### ٢٢٤ - تطور التفسير بتطور الظروف الاجتماعية

ظهرت هذه المدرسة في ألمانيا ولم تجد لها في فرنسا غير أنصار قليلين (٢) .  
وتأثيرها واضح وكبير بتعاليم المذهب التاريخي في تصور القانون باعتباره  
خلقاً ذاتياً ينبعث من الجماعة . ولذلك لم تكن لارادة المشرع عند هذه

---

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Gény, op. cit., t. I, No. 97 — De La Gressaye et Laborde - Lacoste,  
op. cit., No. 265. — Coste - Floret, op. cit., pp. 114, 120.

Saieilles, Préface au livre de Gény, op. cit., t. I. (٢)

وانظر كذلك

Ripert, les forces créatrices du droit, Nos. 164, 165.



المدرسة قيمة في ذاتها ، وانما كل قيمتها في تعبيرها عن حاجات الجماعة المتطورة المتجددة . ومن هنا فالنصوص اذا وضعت تنفصل عن ارادة واضعها وتكون لها حياتها الخاصة المستقلة المتصلة بالحياة الاجتماعية والمتفاعلة فيها . فالنصوص اذن لاتفسر بارادة المشرع الحقيقية او المفترضة ، لأنها قد انفصلت منذ وضعها عن هذه الارادة ، وأصبح لها كيان مستقل وثيق الصلة بالظروف الاجتماعية المتطورة ، مع تقدم الزمان ؛ وانما تفسر وفقا لما تكون عليه هذه الظروف وقت التفسير .

### ٢٢٥ - تقدير المدرسة الاجتماعية او التاريخية ((١))

اذا كانت هذه المدرسة - بمنطقها في التفسير - تعين على ملاحقة تطور الجماعة الحثيث عند بقاء النصوص على حالها دون تغيير ، الا أنها تخرج في الواقع بالتفسير عن وظيفته وتجعله تعديلا أو الغاء لنصوص التشريع وخلقاً لقواعد قانونية جديدة . وفضلا عن ذلك ، فهي تقضى على ما ينبغى للقانون من تحديد وثبات واستقرار ، وتفتح المجال واسعا أمام تحكم القضاء .

## المطلب الثالث

### المدرسة العلمية ((٢))

L'école Scientifique

### ٢٢٦ - البحث العلمى الحر

جاءت هذه المدرسة لتحارب من ناحية عبودية النصوص والاعتقاد في انحصار القانون وتفسيره في التشريع كما جرى بذلك منطق مدرسة

---

(١) انظر في ذلك :

Gény, op. cit., t. I, No. 97, pp. 262 - 264. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, ibid.

Gény, op. cit., t. II, Nos. 155 - 176 bis (٢)



التزام النص ، ولتطارب من ناحية أخرى منطق المدرسة الاجتماعية في اخضاع التفسير للظروف المتطورة المتغيرة المحيطة بالجماعة .

وزعيم هذه المدرسة هو « جيني » . وقد سبق أن أشرنا الى مذهبه في تصور القانون ، وفضله في التنبيه الى عدم أخذ القانون كشكل فحسب «<sup>١</sup>» - يحمل طابع الدولة في صورة تشريع ، أو طابع الجماعة في صورة عرف - وانما كجوهر قبل ذلك يتألف من حقائق مختلفة : طبيعية وتاريخية وعقلية ومثالية «<sup>٢</sup>» . وعلى أساس هذا الفهم للقانون ، قامت طريقته في تفسيره . فالقانون عنده لا يلتمس تفسيره في التشريع وحده كما تفعل مدرسة التزام النص ، وانما يلتمس كذلك في بقية المصادر الرسمية الأخرى ، اذ التشريع ليس هو المصدر الرسمي الوحيد للقانون .

وفي تفسير التشريع ، يجب الوقوف على ارادة المشرع وقصده من النصوص وقت وضعها ، باعتبار أن التشريع عمل ارادي قامت على صياغته ارادة بصيرة واعية لتحقيق غاية معينة . غير أن الارادة التي ينبغي الوقوف عليها لتفسير التشريع هي الارادة الحقيقية للمشرع وحدها ، دون ما تسميه مدرسة التزام النص بالارادة المفترضة له «<sup>٣</sup>» . فان لم توجد نصوص من التشريع تواجه ما يعرض في العمل من فروض ، فيلجأ في تلمس حلولها الى المصادر الرسمية الأخرى للقانون وأهمها العرف . فان عجزت كل المصادر الرسمية للقانون عن اعطاء الحلول اللازمة ، فلا يبقى الا ما يسميه «جيني» «(البحث العلمي الحر)» (La libre recherche scientifique)

---

(١) راجع سابقا ، فقرات ٤٨ و ٧٣ .

(٢) راجع سابقا ، فقرات ٧٤ - ٧٨ .

(٣) واذا كان يلجأ مع ذلك الى القياس ، فان الالتجاء اليه لا يعطى الحلول المستخلصة منه - كما كانت تذهب مدرسة التزام النص - وصف الحلول التشريعية أو حجية النصوص باسنادها افتراضا الى ارادة المشرع؛ وانما يكون الالتجاء اليه بوصفه احدى وسائل البحث العلمي الحر .

( انظر : Gény, op. cit., t. I, Nos. 107, 108; t. II, Nos. 165 et 166. ) .



ويقصد به رجوع المفسر الى جوهر القانون بحقائقه المختلفة — وهى التى يحصرها فيما يسميه بالحقائق الطبيعية أو الواقعية ، والحقائق التاريخية ، والحقائق العقلية ، والحقائق المثالية — يستلهم منها الحلول التى أخفقت المصادر الرسمية للقانون فى إعطائها .

### ٢٢٧ - تقدير المدرسة العلمية

الواقع أن هذه المدرسة تقوم على أساس منطقى سليم ، فحيث تتخلف المصادر الرسمية للقانون عن مواجهة ما يستجد من فروض ، لا يبقى الا الرجوع الى ما تستمد منه المصادر الرسمية نفسها مضمون ما تفرضه من قواعد ، أى الى المصادر الحقيقية أو الموضوعية للقانون . وبعبارة أخرى حيث يتخلف الشكل ، يرجع دائما الى الجوهر . والرجوع الى جوهر القانون لسد نقص المصادر الرسمية له ، يضع القاضى موضع المشرع حين يهم بالتشريع . غير أن رجوع المشرع لاستلزام هذا الجوهر ، يكون بقصد وضع قواعد قانونية عامة مجردة ، أما رجوع القاضى اليه فلا يكون الا بقصد العثور على حل لنزاع معين ، ولذلك فالقاضى حين يكمل نقص المصادر الرسمية بالرجوع الى جوهر القانون لا يخلق قواعد قانونية جديدة .

## المطلب الرابع

### التفسير فى القانون الوضعى المصرى

٢٢٨ - الرجوع الى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة عند تخلف او قصور المصادر الرسمية - كما يقرر المشرع المصرى - هو رجوع الى جوهر القانون

لا يعتنق المشرع المصرى فقه مدرسة التزام النص من حصر القانون فى مصدر وحيد هو التشريع ، بل هو يحيل القضاى أولا الى التشريع



كما يقصح عنه لفظه أو قحواه ( م ١/١ مدنى ) • « فاذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ؛ فاذا لم يوجد فمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية ؛ فاذا لم توجد ، فمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة » ( م ٢/١ مدنى ) •

فكان المشرع المصرى يأخذ اذن بفقه المدرسة العلمية من ضرورة رجوع القاضى الى جوهر القانون اذا لم توجد قاعدة فى مصادره الرسمية . وقد رأى المشرع المصرى أن يعبر عن هذا الجوهر باصطلاح « مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة » (١) • وقد لا يكون هذا الاصطلاح كافيا للافصاح عن معنى جوهر القانون كما بسطناه من قبل • ولذلك فلعل تعبير التقنين المدنى السويسرى أكثر توفيقا فى هذا الصدد (٢) ، اذ ينص

---

(١) ولذلك لم نسلك - على خلاف جمهور الفقهاء ( سليمان مرقس ، فقرة ١٥٩ ؛ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٨٩ و ١٣٠ ، محمد على امام ، فقرة ٨٢ ) - « مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة » ضمن المصادر الرسمية للقانون المصرى . ( انظر سابقا ، ص ٢٧٤ و ٢٧٥ - وقرب من ذلك : محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، فقرة ٣١ . - وانظر كذلك : محمد على عرفه ، المرجع السابق ، ص ٥٢ ) •

(٢) انظر مع ذلك ما ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدنى من تبرير عدم الأخذ بنص التقنين المدنى السويسرى على أساس ما « أخذ على ( صيفته ) من ناحية الشكل أنها تخول القضاء حق انشاء الاحكام القانونية ، مع أن عمله ينحصر فى تطبيق هذه الاحكام فحسب » ( مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ١٨٨ ) • ولكن هذا النقد غير سليم ، اذ من الواضح أن القاضى - رغم هذه الصيغة - يلتزم حدود وظيفته بالاقتصار على اعطاء حل خاص لكل قضية تطرح أمامه ، دون التجاوز الى وضع قواعد عامة كما يفعل المشرع •

( انظر فى هذا المعنى : Gény, op. cit., t. II, No. 204. )

وقد احست المذكرة الايضاحية بقصور عبارتى « القانون الطبيعى » و « العدالة » ، ولذلك عمدت الى تبرير الأخذ بهما رغم ذلك بقولها أنه « اذا كانت عبارة التقنينات الحديثة تفضل هاتين العبارتين من بعض الوجوه بسبب =



على أن القاضي - حين لا يجد نصا في التشريع أو عرفا متبعا - يحكم وفق ما كان يضعه هو من قواعد لو كان يقوم بعمل المشرع «١». والمشرع - كما سبق البيان - انما يستلهم في وضع قواعد التشريع حقائق الحياة الواقعية في الجماعة التي تكشف عنها التجربة ، والمثل الأعلى للعدل الذي يكشف عنه العقل .

وأيا ما كان الأمر ، فقد سبق أن بسطنا القول في مبادئ القانون الطبيعي باعتبارها الموجهات العامة للعدل «٢». ويعتبر بعض الفقهاء «قواعد العدالة» مرادفة لهذه المبادئ «٣» . غير أننا نرى أنه يقصد بالاشارة إليها - فضلا عن احالة القاضي الى مبادئ العدل المجرد الذي تتضمنه فكرة القانون الطبيعي - توجيهه كذلك الى الاعتداد بالظروف والملابسات الخاصة بالقضايا المطروحة أمامه . فانه ان يكن القانون - باعتبار

---

= ما يؤخذ عليها عادة من الابهام، الا ان الواقع ان هذه العبارات جميعها لا ترد القاضي الى ضابط يقيني وانما هي تلزمه أن يجتهد رايه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء. وهي تقتضيه في اجتهاده هذا ان يصدر عن اعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتي خاص فتحيله الى مبادئ أو قواعد كلية تنسبها تارة الى القانون الطبيعي ونارة الى العدالة وتارة الى قانون الدولة أو الى القانون بوجه عام دون نعت أو تخصيص» ( مجموعة الأعمال التحضيرية، الموضع السابق ) .

(١)

«A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier, et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur » (Art. 1er, al. 2, C.C.).

انظر في اهمية هذا النص وفي موافقته لمذهب « جيني » في البحث العلمي الحر :

Gény, op. cit., t. II, No. 201-204

وانظر في قضاء المحكمة الاتحادية السويسرية تطبيقا لهذا النص :

Du Pasquier, Les lacunes de la loi et de la Jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur l'art. 1er CCS.

(٢) راجع سابقا ، ص ١٤٢ - ١٤٥ .

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ١٣٠ . - محمد على امام ، المرجع السابق ، فقرة ١٢٩ . - محمد على عرفه ، المرجع السابق ، ص ١٦٧ ، و ١٦٨ .



قواعده قواعد عامة مجردة - يهدف الى تحقيق العدل لا الى تحقيق العدالة في المبدأ ، تغلبا لاعتبارات الاستقرار والأمن والنظام في المجتمع ، الا أنه حيث يقتصر القاضى على أن يستخلص من مبادئ القانون الطبيعى خلاصا بقضية معينة ، أى حيث لا يتعلق الأمر باستخلاص قواعد عامة مجردة ، فلا تثريب من تمكينه من مراعاة جانب العدالة الى جوار تحقيق العدل «١» .

وقد أتيح للقضاء المصرى أن يطبق مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة لحماية ما كان يسمى بالملكية الأدبية والفنية والصناعية «٢» قبل صدور القوانين المنظمة لهذه الحماية ، ولتعديل العقود في حال الظروف الطارئة «٣» التى ترهق المدين وتهدده بخسارة فادحة قبل أخذ التقنين

(١) قرب من ذلك :

سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١٦٨ .

وانظر فيما يعطيه « جينى » للعدالة من معنيين مختلفين ، وفي مدى اعتباره العدالة عنصرا من عناصر البحث العلمى الحر :

Gény, op. cit., t. II, No. 163.

(٢) مصر الكلية ١٠ مارس ١٩٣٤ ، الجدول العشرى الثانى لمجلة المحاماة ( القسم المدنى ) رقم ٣٠٩ ، ص ٤٤٧ ، حيث يقرر الحكم « أنه وان كان الشارع لم ينظم الملكية الأدبية والفنية والصناعية ولم يبين حقوق أصحابها، الا أنه قد اعترف لأصحابها بحقوقهم واصبحت هذه الحقوق محل حماية القضاء بما هو مقرر مفروض عليه من سد النقص التشريعى تطبيقا لقواعد العدالة واخذا بمبادئ القانون الطبيعى » .

وانظر كذلك فى نفس المعنى :

مصر الكلية ١٥ يناير ١٩٣٥ ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٩١ ، ص ٤٤٨ .

ولكن انظر فيما ذهبت اليه بعض الأحكام من أن فى اعتراف الشارع بحقوق المؤلف - رغم عدم صدور القانون الخاص المنظم لها - ما يغنى القضاء عن الالتجاء الى القانون الطبيعى أو قواعد العدالة :

استئناف مصر، ١١ مارس ١٩٣٧، المرجع السابق، رقم ٣٠٨٩، ص ٤٤٦

(٣) استئناف مصر ٩ أبريل ١٩٣١، المحاماة س ١٢ ، رقم ٢٤١، ص ٦٣، حيث يقرر الحكم « أنه وان كان من المقرر احترام العقود باعتبارها قانون =



## المدنى الجديد بمبدأ التعديل فى مثل هذه الظروف .

غير أنه يراعى أن التجاء القاضى الى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة مقيد بعدم وجود قواعد فى مصادر القانون الرسمية . ولذلك تقضت بحق محكمة النقض فى ظل التقنين القديم الأحكام التى أخذت بفكرة الظروف الطارئة «١» ، باعتبار أن فى الأخذ بهذه الفكرة مخالفة لنص من نصوص التشريع كان يقضى بأن العقد شريعة المتعاقدين فلا يعفى أحدهما من تنفيذه الا برضاء الطرف الآخر أو باستحالة هذا التنفيذ .

---

= المتعاقدين ما دامت لم يصبح تنفيذها مستحيلا استحالة مطلقة لحادث قهرى، الا انه يجب أن يكون ذلك مقيدا بمقتضيات العدالة وروح الانصاف . فاذا طرأت عند التنفيذ ظروف لم تكن فى حساب المتعاقدين وقت التعاقد كان من شأنها أن تؤثر فى حقوق وواجبات الطرفين بحيث تخل بتوازنها فى العقد اخلايا خطيرا وتجعل التنفيذ مرهقا لدرجة لم يتوقعها بحال من الأحوال ، فانه يكون من الظلم احترام العقد فى مثل هذه الظروف ، ويجب عدلا العمل على مساعدة المدين وانقاذه من الخراب . . . وأن الروح التى أملت نظرية الاثراء على حساب الغير بغير سبب مشروع ونظرية الافراط فى استعمال الحق مع عدم وجود نصوص فى القانون خاصة بهما ، هى نفسها التى تملئ نظرية احترام الظروف الطارئة » .

(١) نقض ١٤ يناير ١٩٣٢ ، مجموعة عمر ، ج ١ ، رقم ٣٢ ، ص ٥٢ ، حيث يقضى الحكم بأن «الحكم الذى يقرر المساواة بين الطارىء الذى قد يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للملتزم وبين الحادث الجبرى الذى يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة ويقرر الأخذ فى كليهما بفسخ الالتزام على حساب الدائن وبراءة ذمة المدين ، مخالف للقانون ويتعين نقضه ، لأن الشارع وان كان قد اخذ بنظرية حساب الطوارئ فى بعض الأحيان ، الا انه قد استبقى زمامها بيده يتدخل بها فيما يشاء وقت الحاجة وبالقدر المناسب ولمصلحة المتعاقدين كليهما ، فما يكون للقضاء بعد ذلك الا أن يطبق القانون على ما هو عليه . . . وانه وان كانت هذه النظرية تقوم على أساس من العدل والعفو والاحسان ، الا انه لا يصح لهذه المحكمة أن تستبق الشارع الى ابتداعها . . » .

وانظر كذلك فى نفس المعنى :

نقض ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ ، مجموعة عمر ، ج ٥ ، رقم ٢٠٠ ، ص ٤٣٥ .







# القسم الثاني

## النظرية العامة للحق







فرغنا في القسم الأول من عرض النظرية العامة للقاعدة القانونية ،  
فيبقى - طبقا لخطة البحث التي رسمناها - بحث النظرية العامة للحق  
في هذا القسم الثاني .

وعرض هذه النظرية ، يقتضى الوقوف أولا على أركان الحق ، ثم  
على المصادر التي تولده وهى ذات مصادر زواله وانقضائه ، ثم على  
نشاطه واستعماله الاستعمال المشروع الذى يكفل القانون حمايته . ولكن  
ينبغى التمهيد لذلك كله بكلمة عامة فى الحق .

ولذلك تقسم هذا القسم على النحو التالى :

- باب تمهيدى - فى الحق بوجه عام .
- الباب الأول - فى أركان الحق .
- الباب الثانى - فى مصادر الحق .
- الباب الثالث - فى استعمال الحق .







## باب تمهيدى

### فى الحق بوجه عام

#### ٢٣٠ - الحق والقانون

أشرنا فى مطلع التمهيد لدراسة القانون الى أن القانون - وهو مجموع القواعد الملزمة التى تحكم سلوك الأفراد فى المجتمع - انما يقيم نظام المجتمع ويحكم علاقات الأفراد فيه عن طريق فرض تكاليف وواجبات على الأفراد من ناحية ، وتقرير حقوق لهم من ناحية ثانية .

بل لقد قلنا ان من شأن التفرقة بين القانون والأخلاق - على أساس اختلاف الهدف والغاية بينهما - عدم اقتصار القانون - كما تفعل الأخلاق - على مجرد بيان الواجبات ، ومجاوزته ذلك الى تقرير الحقوق للأفراد «١» . ولذلك كان ما يقال من أن القانون نظام مزدوج ( Bilatéral ) والأخلاق نظام منفرد ( Unilatéral ) «٢» . ومعنى ذلك أنه فى حكم العلاقات بين الأفراد يحدد القانون سلوك كل فرد ومركزه بالنظر الى غيره من الأفراد ممن تربطه بهم روابط وعلاقات مختلفة ، بينما تحدد الأخلاق سلوك كل فرد ومركزه بالنظر الى نفسه وذاته من حيث السمو والكمال بها . فالأخلاق اذن انما تقتصر على خطاب نفس الفرد الذى يقع عليه الواجب ، دون أن تعنى

---

(١) انظر سابقا ، ص ٣٩ .

(٢) Del Vecchio, op. cit., p. 276



بخطاب غيره من الأفراد الذين قد يستفيدون أو يتأثرون من أداء هذا الواجب ، لأنها لا تفرض الواجب الا بقصد السمو بنفس من يقع عليه أدائه دون نظر الى عواقب هذا الأداء وأثره بالنسبة الى الآخرين . وإذا كانت الأخلاق تنظر الى ناحية واحدة هي ناحية المكلف بالواجب ، فالقانون - فضلا عن نظره الى هذه الناحية - ينظر الى الناحية المقابلة كذلك أى الى ناحية تأثر الغير بهذا الواجب . فاذا كان كل من القانون والأخلاق يحرم الاضرار بالغير مثلا ، الا أن الأخلاق تقتصر في هذا الشأن على مجرد التكليف بالامتناع عن الاضرار بالغير ، بينما يجاوز القائلون بفرض هذا الواجب أو التكليف الى مواجهة أثر الاخلال به بالنسبة الى الغير ، فيقرر للمضور حقا في التعويض عما أصابه من ضرر .

فالقانون اذن يقوم أساسا على تقرير الحقوق من ناحية وفرض الواجبات من ناحية أخرى . فهو - حين يتصدى لحكم العلاقات بين الأفراد في المجتمع - انما يوازن بين المصالح المتعارضة التي تحوطها ، فيغلب بعضها على بعض ، ويميز بين أطراف هذه العلاقات تبعا لذلك ، فيقرر للبعض منهم حقوقا مقابل وضع واجبات على البعض الآخر .

ولئن كانت الصلة وثيقة هكذا بين القانون والحق ، فالفقهاء يتجادلون فيما اذا كان القانون هو المؤسس على الحق أم الحق هو المؤسس على القانون . ومرد اختلاف النظر في هذا الشأن الى التراوح بين المذهب الفردي وبين المذهب الاجتماعي . فقد سبقت الإشارة الى نظرة المذهب الفردي الى الفرد باعتبار أنه هدف القانون الأسمى ، اذ هو غاية في ذاته يولد مزودا بحقوق طبيعية لصيقة بصفته الانسانية من قبل أن يوجد القانون أو تقوم الجماعات ، بل ان القانون لا يوجد والجماعات لا تقوم الا لحماية هذه الحقوق وتمكين الأفراد من التمتع بها بما يضمن احترام كل منهم لحق الآخر .



وقد عبرت وثيقة « اعلان حقوق الانسان والمواطن » عن هذه النظرة بقولها ان « هدف كل مجتمع سياسى هو المحافظة على حقوق الانسان الطبيعية الخالدة » . أما المذهب الاجتماعى ، فهو — على النقيض من ذلك — ينظر الى الجماعة باعتبار أنها هدف القانون وغايته ، وهو بذلك ينكر على الفرد ما يدعيه له المذهب الفردى من حقوق طبيعية خالدة ، فلا يرى له من حقوق الا تلك التى يعطيها له القانون وفق ما يقضى به صالح الجماعة . فكأن القانون اذن هو الذى ينشئ الحقوق وينحها للأفراد عند المذهب الاجتماعى ، بينما تعتبر هذه الحقوق — عند المذهب الفردى — ثابتة ومخلوقة بالطبيعة للفرد بحيث تفرض على القانون وتقتصر وظيفته على مجرد حمايتها وكفالة تمتع الأفراد بها .

وأيا ما كان الأمر ، فيجب التسليم باستناد الحقوق الى القانون الوضعى ، بحيث تستمد منه وجودها الشرعى وكفالة احترامها ، اذ لا يتصور فى مجتمع منظم وجود حق لا يقره القانون أو يحميه . وليس يعنى ذلك أن القانون الوضعى يتحكم فى فرض الحقوق ومنحها ، فقواعده — كما سبق البيان — انما تركز على أساس من حقائق الحياة الاجتماعية وموجهات العدل المثالية ، وكلها تقر للأفراد حقوقا معينة لا يملك القانون الوضعى انكارها .

## ٢٣١ - تقسيم

ينبغى — ونحن بصدد الكلام فى الحق بوجه عام — أن نهد لذلك باثبات وجود فكرة الحق فى ذاتها ودحض ماذهب اليه بعض الفقهاء من انكارها . ثم لعرض بعد ذلك للتعريف بالحق ، وهو ما يقتضى عرض مختلف الآراء والمذاهب فى هذا الصدد وتحيصها . وننتهى ببيان أنواع



الحق المختلفة وما يترتب من آثار على هذا التنوع ؛ وهو ما يقتضى بحث فكرة « الذمة المالية » التى تضم بين عناصرها طائفة من الحقوق هى الحقوق المالية •

ولذلك تقسم هذا الباب التمهيدى الى فصول أربعة :

- الفصل الأول - فى وجود فكرة الحق •
- الفصل الثانى - فى تعريف الحق •
- الفصل الثالث - فى أنواع الحق •
- الفصل الرابع - فى الذمة المالية •



## الفصل الاول

### وجود فكرة الحق

#### ٢٣٢ - تمهيد

تعرضت فكرة الحق لهجوم شديد من جانب بعض الفقهاء الذين أنكروا جدواها وأنكروا بالتالي وجودها القانوني . غير أن كل الهجمات قد فشلت فيما استهدفته من محو الاعتقاد في وجود فكرة قانونية مستقلة للحق فبقيت هذه الفكرة الى اليوم — كما وعاءها الفقه التقليدي — إحدى الدعائم الأساسية الراسية في الحياة القانونية .

فنعرض أولا لانكار فكرة الحق وما يرتكز عليه هذا الانكار من حجج ، ثم نناقش هذه الحجج لنرى وجه الصواب فيها من وجوب رفضها وضرورة الإبقاء على فكرة الحق .

#### ٢٣٣ - انكار وجود الحق

هوجمت فكرة الحق في وجودها القانوني منذ أواخر القرن الماضي مهاجمة عنيفة من جانب بعض الفقهاء . ولعل أقدر هجوم وأعنفه وجه الى اقتلاع فكرة الحق من الحياة القانونية ، كان هو هجوم الفقيه الفرنسي العظيم « ديجي » (Duguit) ، فنكتفى بعرض مذهبه في هذا الشأن «<sup>١</sup>» بيانا للاتجاه الفقهي القائل بانكار وجود الحق .

---

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Duguit, op. cit., t. I, § 18-29, pp. 200-315. — Duguit, Leçons de droit public général, 1926, pp. 38-72.



وقد سبقت الإشارة - عند عرض مذهب « ديجي » في « التضامن الاجتماعي » - الى ايضاح منهاج هذا الفقيه في البحث «<sup>١</sup>»، وذلك المنهاج الذي قام على أساسه بناء فقه مدرسته كله من حيث استبدال أساس واقعي بالأساس المثالي التقليدي للقاعدة القانونية، ومن حيث انكار فكرة الحق وفكرة الشخصية القانونية، وغيرها من الأفكار الثابتة في فقه القانون .

فالمنهاج الذي يؤمن به « ديجي » ويرفض كل مالا يقوم عليه ، هو المنهاج العلمي بالمعنى الدقيق ، أى المنهاج الواقعي البحث الذي لا يستند الا الى ما تسجله المشاهدة وتؤيده التجربة . وكل ما يجاوز دائرة المشاهدة والتجربة ، فليس عنده من العلم فى شىء ، اذ هو ضرب فيما وراء الطبيعة (métaphysique) أى فى عالم مجهول غير محسوس تستحيل فيه المعرفة اليقينية وتروج على حسابها الظنون والفروض . والتزام هذا المنهاج العلمى الواقعى ، هو الذى حدا بديجي الى الدعوة الى تطهير القانون من كل ما يبلأه من أفكار غير واقعية لاتستند الى المشاهدة والتجربة ، وفى مقدمتها فكرة الحق التى يراها دخيلة على عالم القانون لأنها فكرة فلسفية ما وراء الطبيعة .

ويبدأ « ديجي » انكاره وجود فكرة الحق ، بانكار وجود ما يسمى بالحقوق الطبيعية التى تولد مع كل فرد وتثبت له باعتباره انسانا . وهو فى سبيل ذلك يهاجم المذهب الفردى الذى أتيح له الانتصار بصورة رسمية فى وثيقة « اعلان حقوق الانسان والمواطن » ، والذى وضع تقنين « نابليون » على هداه . فهذا المذهب عنده هو الذى روج لوجود تلك الحقوق ، بل واتخذها أساسا للقانون حينما اعتبر أنها ثابتة للأفراد منذ عهد الفطرة الأولى (L'état de nature) قبل قيام المجتمع لأنها ملازمة للطبيعة الانسانية ، وأن القانون لم يوجد ولم يقم الا على أساس كفالة تمتع الأفراد بهذه الحقوق تمتعا متساويا .



فالقول بوجود حقوق ثابتة للفرد بمقتضى صفته الانسانية ، يعتبر « ديجى » مجرد ادعاء يستحيل اثباته بدليل مادى محسوس . فضلا عن أن عهد الفطرة الأولى التى يتصور فيها وجود الفرد وحيدا فى عزلة تامة عن بقية الأفراد ، لا يعدو أن يكون محض خرافة ينقضها الواقع المشاهد المسجل من أن الفرد كائن اجتماعى لا يستطيع الوجود الا فى مجتمع من الأفراد ولم يوجد أبدا الا فى مثل هذا المجتمع . فلا يتصور اذن وجود فرد منعزل لا يعيش فى مجتمع ، حتى يمكن أن يقال بوجود حقوق تثبتها له صفته الانسانية . ولئن افترض جدلا وجود مثل هذا الفرد المنعزل ، فلا يمكن تصور حقوق له ، لأن لكل حق طرفين : طرف ايجابى هو صاحب الحق ، وطرف سلبى هو المتحمل بهذا الحق أى المكلف بما يقابله من واجب ؛ وهو ما يقتضى وجود مجتمع من الناس . فعلى أى الأحوال اذن ، يستحيل التسليم بوجود حقوق طبيعية ثابتة للأفراد قبل قيام المجتمع ، وبذلك ينهار - عند « ديجى » - ما يقيمه المذهب الفردى من تأسيس القانون على مثل هذه الحقوق (١) .

واذا كان « ديجى » ينكر وجود حقوق طبيعية سابقة على قيام المجتمع ، فهو ينكر كذلك وجود حقوق ينشئها القانون للأفراد فى المجتمع . وانكاره هذا وثيق الصلة بتصوره للحق . فالحق عنده هو قدرة أو سلطة ارادية لصاحبه على فرد من الأفراد هو المتحمل بعبء الواجب المقابل لهذا الحق . أى أن الحق يفترض اخضاع ارادة انسانية هى ارادة فرد من الأفراد لارادة انسانية أخرى هى ارادة صاحب الحق . وذلك يستتبع القول بوجود نوع من التدرج فى المرتبة بين الارادات الانسانية ، تتمكن بمقتضاه الارادات العليا من التسلط على الارادات الدنيا واخضاعها لأمرها (٢) .

(١) راجع فى تفصيل ذلك :

Duguit, op. cit. t. I, § 19, pp. 208-213

Duguit, op. cit., t. I, § 20, p. 217, § 28, pp. 295, 296

(١)



وهذا التدرج بين الارادات الذى تفترضه فكرة الحق ، لا يوجد في واقع الحياة الاجتماعية ما يثبت ، بل ان هذا الواقع ينقضه ، اذ لا يشاهد في المجتمع الا وجود ارادات فردية متساوية في جوهرها ، مما يمتنع معه على القانون الوضعى اقامة تدرج بينها والسمو ببعضها مقابل الانتقاص من البعض الآخر . فالدخول في خصائص الارادات بقصد فرض الزيادة فيها أو النقصان قد يتصور من جانب قوة مساوية مهيمنة على البشر ، ولكنه لا يتأتى من جانب قوة بشرية أيا كانت «<sup>١</sup>» .

ومن هنا انتهى « ديجى » الى اعتبار فكرة الحق وفقا لهذا التصوير القائم على تسلط ارادة فردية على ارادة أخرى ، فكرة فلسفية من أفكار ما وراء الطبيعة قد اصطنعت اصطناعا مخالفا للواقع ، مما يوجب اطراحها وتطهير الفقه القانونى منها .

واذا كان « ديجى » ينكر فكرة الحق على أساس التصوير السابق باعتبارها فكرة غير علمية ، فهو يرفضها كذلك لانعدام جدواها . ذلك أن ما اصطلح الفقهاء على تسميته بالحق ، ليس عنده الا القاعدة القانونية نفسها في تطبيقها على الأفراد «<sup>٢</sup>» ، حينما يستفيد بعض الأفراد من أداء

---

Duguit, op. cit., t. I, § 20, pp. 218, 219

(٢) وقريب من ذلك ما يذهب اليه « كلسن » من نفى التقابل التقليدى بين « القانون » (Le droit objectif) وبين « الحق » (Le droit subjectif) بما يتفق مع فكرته في وجود قواعد قانونية فردية الى جوار القواعد القانونية العامة (راجع سابقا ، ص ١٠٩) . اذ يرى أن فكرة الحق لم تتولد الانتيجة الاعتقاد في أن القانون لا يتصور الا مجموعا من القواعد العامة المجردة . فلو اطرحنا هذه الفكرة ونظر الى القانون على أنه يضم كذلك قواعد فردية ، لانتفت في رايه الحاجة الى فكرة الحق ، اذ يعتبر الحق في حقيقته اذن هو القانون نفسه بالمعنى المجرد من حيث تطبيقه على الافراد ، او هو القانون بالمعنى الخاص الفردى من حيث مساهمة الافراد في خلقه . (راجع في عرض مذهب « كلسن » في هذا الصدد :

Kelsen, Aperçu d'une théorie générale de l'Etat, Revue de droit public et de la science politique, 1926, pp. 572 et s.- Kelsen, Théorie pure du=



البعض الآخر لما تفرضه عليهم هذه القاعدة من واجبات والتزامات •  
فالقاعدة القانونية — باعتبارها قاعدة سلوك تنسدى لحكم العلاقات بين  
الأفراد — تسوق الى الفرد تكليفا بعمل أو بامتناع في مواجهة أفراد  
آخرين ، مما يؤدي الى استفادة هؤلاء الأفراد من القيام بهذا التكليف  
أو الواجب • فالجميع اذن — من يقوم بالواجب ومن يستفيد منه —  
انما يخضعون في ذلك للقاعدة القانونية • أى أن الأفراد — سواء كانوا  
في وضع ايجابى أو سلبى لخطاب القاعدة القانونية • يوجدون في مركز  
سواء بالنسبة اليها هو مركز الخضوع لحكمها •

وما دامت القاعدة القانونية تنطبق على الجميع من الناحية السلبية  
والايجابية ، بحيث يعتبر الكل في نفس المركز بالنسبة الى انطباقها عليه ،  
فلا يبقى معنى للقول بأنها تفرض واجبا على البعض وتقرر حقا للبعض  
الآخر • ففكرة الواجب والحق تفرض امكان الالتفاف من ارادة المكلف  
بالواجب والاعلاء من ارادة صاحب الحق ، وهو ما لا يمكن التسليم به  
أمام ما هو واقع مشاهد من تساوى الارادات الفردية • ولذلك فان  
القاعدة القانونية حينما تقرر واجبا على عاتق فرد من الأفراد بحيث  
يستفيد من أدائه أفراد آخرون ، لاتمس في قليل أو كثير ارادة المكلف  
بالواجب أو المستفيد من أدائه ، فلا هى تنتقص من ارادة الأول ولا هى  
تزيد في ارادة الثانى • وبذلك يبقى مركز كل منهما أمام القاعدة القانونية  
واحدا ، هو مركز الفرد المنتمى الى مجتمع معين من حيث خضوعه  
لقانون هذا المجتمع «<sup>١</sup>» •

فليس ثم اذن حقوق وواجبات تكون للأفراد أو عليهم ، وانما يوجد

---

doit, pp. 102-104.- Dabin, Le droit subjectif, pp. 14-17. — H. Kira, La  
théorie de l'abus de droit en droit français et en droit égyptien, thèse, Paris,  
1952, pp. 48-51.

وانظر في انتقاده :

H. Kira, thèse précitée, pp. 51-53

Duguit, op. cit., t. I, § 20, pp. 217-220 (١)



الأفراد في مراكز قانونية معينة ايجابية أو سلبية «١» .

## ٢٣٤ - الإبقاء على فكرة الحق

لعل أكبر انتقاد يوجه الى انكار « ديجي » لفكرة الحق «٢» هو نفس الانتقاد الذي يوجه الى أساس مذهب كله ، وهو انتقاد منهاجه في البحث الذي يريده علميا واقعيا خالصا . وقد فصلنا الكلام في هذا الانتقاد بصدد نقد مذهب في التضامن الاجتماعي «٣» فلا نعود من جديد الى ترديده ؛ وانما نكتفي في هذا المقام بالتذكير بأن مثل هذا المنهاج ان كان يصلح في شأن العلوم التقريرية التي تقوم على البصر بظواهر الواقع ، فهو لا يصلح في شأن العلوم التقويمية - وفي مقدمتها القانون - التي تجاوز تسجيل الواقع الى تقويمه فتفرض الواجب في شأنه باستيعاء مثل أعلى معين .

فانكار « ديجي » اذن لفكرة الحق بدعوى أنها فكرة غير علمية من

---

(١) وقد استعان « ديجي » - كما سبقت الاشارة - بفكرة « المركز القانوني » وبالتفرقة بين المراكز القانونية الموضوعية والمراكز القانونية الشخصية لارساء نظريته في حل النزاع بين القوانين في الزمان وتطبيق مبدأ عدم الرجعية ( راجع سابقا ، فقرة ١٩٧ ) .

(٢) راجع بصفه خاصة في تفصيل الدفاع عن وجود الحق وانتقاد انكار « ديجي » له :

Capitant (René), L'illicite, pp. 218-221.- Dabin, op. cit., pp. 13- 44. —  
Gény, Science et technique en droit privé positif, t. IV., pp. 175-187. —  
Ionescu, La notion de droit subjectif dans le droit privé, thèse, Paris, 1931  
Nos. 12, 13, pp. .- H. Kira, thèse précitée, pp. 18-48.

شمس الدين الوكيل ، دروس في النظرية العامة للحق ، ١٩٥٢-١٩٥٣ ،  
ص ١٠ - ١٦ . - جميل الشرقاوي ، دروس في النظرية العامة للحق ،  
ص ١١ - ١٤ .

(٣) راجع سابقا ، فقرة ٧٢ .

وانظر في تفصيل هذا الانتقاد :

H. Kira, thèse précitée, pp. 18-37



أفكار ما وراء الطبيعة ، انكار غير مقبول — حتى مع التسليم بصحة مثل هذا الادعاء — لأن القانون كما سبق البيان لا يقتصر على مجرد تسجيل حقائق الواقع عن طريق المشاهدة والتجربة ، بل يجاوز ذلك الى ما وراء الواقع والطبيعة حيث يمكن تقويم هذا الواقع .

وقد ظن « ديجى » أنه يجد من فكرة الحق هدفا قريبا سهل الاصابة بانكاره لحقوق الانسان الطبيعية . غير أن هذا الانكار لا يطعن في الحقيقة في وجود فكرة الحق نفسها ، وانما هو ينصب على مذهب فقهي معين هو المذهب الفردى الذى يفترض وجود حالة فطرية قبل قيام المجتمع كانت للفرد فيها حقوق ثابتة له بوصفه انسانا ، بحيث حمل الفرد معه هذه الحقوق عند انتظامه في المجتمع ، فوجد القانون لتمكين الأفراد من التمتع بها تمتعا متساويا . فرفض مثل هذا المذهب لا يعنى اذن رفض فكرة الحق نفسها ، وانما يعنى رفض التسليم بقيام القانون على أساس الحق أو بوجود حقوق لا تستند الى القانون لأنها سابقة عليه بتولدها من الطبيعة الانسانية (١) .

ولعل شعور ديجى بذلك هو الذى حدا به الى التماس انكار الحق من ناحية أخرى عن طريق مهاجمة فكرة الحق فى ذاته ، فادعى أن الحق هو سلطة خاصة بإرادة من الارادات تمكنها من اخضاع إرادة أخرى لأمرها . وعلى أساس هذا التصوير للحق اعتبره فكرة صناعية فلسفية تصدر عن دائرة ما وراء الطبيعة بحيث تعتبر دخيلة على عالم القانون الذى يجب أن يقوم على أسس واقعية محسوسة .

فانكار ديجى لفكرة الحق قائم اذن على أساس استحالة اقامة تفاضل أو تدرج بين الارادات الفردية بأعلاء إرادة صاحب الحق على ارادات غيره من الأفراد . ولكن مثل هذا التصوير الذى يتصوره ديجى للحق تصوير



خاطيء يجر وراءه فساد النتائج التي رتبها عليه . فليس يفكر أحد كما يدعى « ديجي » - حتى من يعرفون الحق بأنه قدرة ارادية - في اعتبار ارادة صاحب الحق ارادة ممتازة على غيرها من الارادات بحيث يخولها هذا الامتياز سلطة الغاء أو اخضاع ارادات الآخرين ، اذ كل الارادات الفردية متساوية في جوهرها .

وانما حقيقة الأمر ، أنه ليست ارادة صاحب الحق هي التي تلزم الغير بنفسها ، بل الذي يلزم دائما هو واقعة سابقة على هذه الارادة وخارجية عنها . فاذا كان للمقترض مثلا حق في مطالبة المقترض برد القرض في الأجل المضروب ، فليس ذلك لأن ارادته تمتاز على ارادة المقترض ، وانما لأن ثم عقدا بينهما سابقا على هذه المطالبة يحمل رضاء المقترض نفسه وتعهده برد مبلغ القرض الى المقرض . واذا كان لمن صدمته سيارة فأصابته أن يطالب من صدمه بتعويض عما لحقه من أضرار من جراء الصدمة ، فليس ذلك لأن ارادة المضروب تعلو على ارادة محدث الضرر ، وانما لأن خطأ محدث الضرر هو الذي يلزمه تجاه المضروب بمثل هذا التعويض . واذا كان للمالك حق ملكية على شيء معين يختص به دون سائر الناس ، فليس ذلك لأن ارادته تمتاز على ارادتهم ، وانما لأنه قد اكتسب هذا الشيء من قبل باحدى طرق الاكتساب المشروعة التي يقرها القانون ، والتي تعطيه وحده الاختصاص به اختصاصا مانعا لغيره من الناس «<sup>١</sup>» .

فديجي اذن لا ينكر في الواقع فكرة الحق نفسها ، وانما هو ينكر تصويرا معينا لهذه الفكرة كسلطة ارادية لصاحب الحق على غيره من الارادات ، وهو تصوير لا يقول به أحد على النحو الذي يبسطه « ديجي » غير « ديجي » نفسه . وبذلك يكون الخلاف بينه وبين غيره من الفقهاء المدافعين عن فكرة الحق خلافًا ظاهريًا محضًا لا يس جوهر



## الفكرة ذاتها «١» .

وآية ذلك أن ديجي حين ينكر فكرة الحق وينكر التقابل بين « القانون » و « الحق » ، يقيم تقابلا آخر بين « القانون » وبين ما يسميه « المركز القانوني » . فلو كان الحق كما يدعى ليس الا القانون نفسه ، فما جدوى الكلام عن المركز القانوني ؟ . أليس في كلامه عن المركز القانوني سواء كان ايجابيا أو سلبيا ، ما يحتم التفرقة بين القانون نفسه في تجريده ، وبين ما ينشأ للأفراد من أوضاع ومراكز مختلفة قبل بعضهم البعض نتيجة تطبيق القانون عليهم ؟ .

فانه اذا كان الأفراد يوجدون - كما يقول - في نفس المركز تجاه القانون من حيث أنهم يستوون في الخضوع لأحكامه اما بأداء ما يفرضه عليهم من التزامات واما بالاستفادة مما يفرضه على غيرهم منها ؛ فهم في واقع الأمر لا يستوون في المركز تجاه بعضهم البعض ، اذ يوجد كل منهم في مركز خاص به يجعله متلزما قبل الآخرين بالتزامات معينة أو يجعل الآخرين هم الملزمين قبله ، أي أن مراكز الأفراد مختلفة متفاوتة ، فهم اما في مركز المستفيد واما في مركز الملزم المحمل بالأعباء .

فاقتصار ديجي على البصر بتساوي مراكز الأفراد تجاه القانون ، انما كان على حساب اغفال اختلاف المراكز وتفاوتها بينهم تجاه بعضهم البعض . ومثله في ذلك مثل من يسأل عن شخص معين فيجيب بأنه انسان كبقية الناس . ويغفل تعيينه بما يميزه عن بقية الناس ويحقق شخصيته ومركزه بينهم من حيث الاسم والسن والجنس والمهنة والموطن والجنسية وما الى ذلك «٢» .

واذا اتضحت حقيقة اختلاف الأفراد في المركز قبل بعضهم البعض ،

(١) في هذا المعنى :

René Capitant, thèse précitée, p. 221. - Kira, thèse précitée, pp. 41-43

Kira, thèse précitée, pp. 43-44 (٢)



ووجود بعضهم في مركز ايجابي وبعضهم الآخر في مركز سلبي ، فان ذلك يعنى العودة الى فكرة الحق وما يقابلها من فكرة الواجب أو الالتزام ، أو الرجوع الى التقابل التقليدي بين الطرف الايجابي للحق والطرف السلبي له .

وبذلك ينحصر الخلاف بين ديجي وبين المدافعين عن الحق في نطاق شكلي بحت ، هو المفاضلة بين اصطلاح « المركز القانوني الايجابي » وبين اصطلاح « الحق » للدلالة على الفكرة التي جرى التقليد الفقهي على التعبير عنها بالاصطلاح الثاني ، والتي بقيت - في حقيقة الأمر - بمنأى عن الخلاف على جوهرها ووجودها كما سبق البيان .

ولسنا نرى ما يدعو الى تفضيل استعمال اصطلاح « المركز القانوني الايجابي » الذي ابتكره ديجي ، فاصطلاح « الحق » التقليدي - فوق ايجازه المبين عن حقيقة الفكرة التي يعبر عنها - قد جرى به الاستعمال منذ قديم حتى رسخ واستقر في الفقه القانوني ؛ وشيوع الاستعمال وقدمه يبقى دائما هو صاحب الكلمة العليا في تغليب مصطلح على مصطلح «<sup>١</sup>» .

من كل ما تقدم نخلص بأن فكرة الحق تستعصى على الرفض والانكار ، وأن انكار ديجي لها لم يفلح في هدمها أو زعزعة الاعتقاد في وجودها ، فظل الفقه في غالبية الكبري مؤمنا بها وبمكانها في عالم القانون ، بل ان أخلص أتباع ديجي أنفسهم قد رجعوا عن تأييدهم لزعيم مدرستهم في هذا الشأن فعادوا الى التسليم بوجود فكرة الحق «<sup>١</sup>» .

---

(١) في هذا المعنى :

Gény, op. cit., t. IV, p. 184. - Kira, thèse précitée, pp. 45-46.

Bonnard, Les droits publics subjectifs des administrés, (٢)

Revue du droit public et de la science politique, 1932, notamment p. 707 et s. - Réglade, Valeur sociale et conts Juridiques, norme et technique, 1950, pp. 82 - 92.



وبذلك نستطيع أن نقول أن وجود فكرة الحق قد أصبح اليوم من الحقائق المسلمة في فقه القانون . بل أن هذا الوجود يعبر عن حقيقة من الحقائق القانونية الجوهرية «<sup>١</sup>» لا عن مجرد أداة فنية أو وسيلة من وسائل الصياغة القانونية «<sup>٢</sup>» .

وإذا بقيت ثم كلمة تقال في مجال التعقيب على انكار ديجي لفكرة الحق ، فهي كلمة انصاف لهذا الفقيه العظيم . فموقفه في هذا الصدد إنما أملاه عليه عداؤه الشديد للمذهب الفردي ، وخشيته من أن تصبح الحقوق معاقل للفردية الأنانية لأصحابها على حساب الصالح العام للمجتمع . من أجل ذلك ذهب مذهباً عكسياً متطرفاً فاعتبر الحقوق مجرد وظائف اجتماعية ( fonctions sociales ) وأصحابها مجرد موظفين عامين موكلين باستعمالها بما يحقق الصالح العام ، فألغى بذلك فكرة الحق ومضى في انكارها على نحو ما بسطناه من قبل . وإذا كانت مخاطر الفردية المطلقة ليست خافية ، والدعوة إلى دفعها دعوة واجبة ، فإن ذلك لا يتحقق بإلغاء الحقوق وتحويلها بذاتها إلى وظائف اجتماعية خالصة ، بل الأولى أن تظل الحقوق قائمة ويقال إن لها وظائف اجتماعية معينة ، بما يكفل كبح جماح الاستعمال المطلق لها ، وهذا ما حققته بالفعل نظرية « التعسف في استعمال الحق » على ما سنفصله بعد ، فقد أخضعت استعمال الحقوق للرقابة دون أن تهدم فكرة الحق ذاتها .

---

(١) انظر كذلك في اعتباره حقيقة اجتماعية :

Davy, *Éléments de sociologie*, t. I, *Sociologie politique*, 1950, pp. 99, 100

(٢) راجع في تفصيل ذلك خاصة :

H. Kira, thèse précitée, pp. 54-62

وانظر كذلك في نفس المعنى :

Dabin, op. cit., pp. 50, 51. Réglade, op. cit., pp. 6, 69; *Essai sur le fondement du droit*, Arch. de phil. du droit, 1933, Nos. 3 - 4, p. 192 et s. - Ionescu, thèse précitée. Nos. 30 - 37.

ولكن انظر عكس ذلك :

Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1909, p. 320 et s. - Gény, op. cit., t. III, No. 224. — Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, 1948, Nos. 24 - 26.



## الفصل الثاني

### تعريف الحق

#### ٢٣٥ - تمهيد

لعل من أكثر مسائل القانون التي كثر فيها القول واحتدم الجدل مسألة تعريف الحق . وليس في قصدنا أن نتبع تفصيل كل ما قيل من تعريفات في هذا الشأن ، وانما نقنع بأن نرد مختلف التعريفات الى اتجاهات ثلاثة كبيرة : اتجاه شخصي ، واتجاه موضوعي ، واتجاه مختلط يجمع بين الشخصي والموضوعي .

أما الاتجاه الشخصي ، فهو الذي ينظر الى الحق من خلال صاحبه ، فيراه سلطة أو قدرة ارادية . وأما الاتجاه الموضوعي فهو الذي ينظر الى الحق من خلال موضوعه والغرض منه ، فيعتبر مصلحة من المصالح التي يحميها القانون . وأما الاتجاه المختلط فهو الذي ينظر الى الحق من خلال الشخص والموضوع معا ، فيعتبره اما سلطة أو قدرة ارادية في سبيل تحقيق مصلحة مشروعة ، واما مصلحة مشروعة تقوم على تحقيقها ارادة معينة .

فنعرض فيما يلي لهذه الاتجاهات الثلاثة ، لنرى مبلغ حظ كل منها في اعطاء صورة صادقة لما يقصد في فقه القانون من اصطلاح « الحق » .

#### ٢٣٦ - الاتجاه الشخصي (١)

قلنا ان هذا الاتجاه هو الذي يعرف الحق من خلال النظر الى

---

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Dabin, op. cit., pp. 56 et s. — Duguit, op. cit., t. I § 25. - Ionescu, thèse précitée, No. 40 et s. - Saleilles, De la personnalité Juridique, 2e édi., 1922, p. 524 et s.



صاحبه • فهو يرى أن لصاحب الحق ارادة مهيمنة ناشطة في نطاق معلوم ولذلك يعرف الحق بأنه هو تلك القدرة أو السلطة الارادية التي يخولها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معلوم • فالقانون اذن — حين يحكم العلاقات بين الأفراد — انما يرسم ويحدد لكل شخص نطاقا معيناً معلوماً تنشط فيه ارادته وتسود «<sup>١</sup>» •

فهذا الاتجاه اذن يقيم تعريف الحق على وجود ارادة يحميها القانون • وهو على هذا النحو يتصل اتصالاً وثيقاً بالمذهب الفردي وما يتفرع عليه من مبدأ سلطان الارادة ، تلك الارادة التي تملك خلق الحقوق أو انشاءها ، كما تملك تغييرها وانهاؤها •

ورغم أن هذا الاتجاه قد تزعمه فقهاء كبار كسافيني (Savigny) و« وينشيد » Windscheid «<sup>٢</sup>» ، فلم يلبث أن تعرض لانتقادات وهجمات كثيرة — وخاصة من « اهرنج » «<sup>٣</sup>» — ازاء ماظهر من قصور عن تعريف الحق •

فالقول بأن الحق قدرة ارادية ، يتنافى مع ما هو مستقر في كل الشرائع من أن لعديدي الارادة حقوقاً كما لحائزيها سواء بسواء ، فالمجنون والصغير غير المميز يتمتع كل منهما بحقوق رغم أنه فاقد الارادة •

(١) انظر في ذلك تعريف « وينشيد » للحق :

« Le droit subjectif est une puissance de volonté (Willensmacht) ou un pouvoir de volonté (Willensherrschaft) concédé par l'ordre Juridique », cité par Duguit, op. cit., t, I § 25, p. 276.

(٢) يرى « وينشيد » أن الحقوق طائفتان : طائفة أولى ، يكون لصاحب الحق فيها سلطة فرض عمل أو امتناع على شخص أو أشخاص معينين ؛ وطائفة ثانية يكون لصاحب الحق فيها سلطة انشاء أو تعديل أو انهاء حق من حقوق الطائفة الأولى . ( انظر في ذلك :

Dabin, op. cit., p. 59. - Duguit, op. cit., t. I, § 25, pp. 275, 276 :

— Ionescu, thèse précitée, No. 40, p. 81).

(٣)

Ihering, L'esprit du droit romain, trad. De Meulenaere, t. IV, § 70, 71



وكذلك فقد يكتسب الحقوق شخص دون علمه كالغائب مثلا «<sup>١</sup>» .

وفضلا عن ذلك ، فمثل هذا الاتجاه في تعريف الحق يتنافى مع وجود أشخاص معنوية أو اعتبارية تثبت لها حقوق كالأشخاص الطبيعية سواء بسواء ؛ اذ لو قلنا ان للأشخاص الطبيعية ارادة تكون مناطا لما يثبت لهم من حقوق ، فمن العسير التسليم بأن للأشخاص المعنوية أو الاعتبارية ارادة حقيقية أو بأن لهم حقوقا بالتالى .

كل ذلك يفصح عن أن الحق لا يفترض وجود ارادة مهيمنة أو ناشطة ، فهو يوجد دون وجود هذه الارادة . وليس يطعن في ذلك أن الارادة قد تكون متطلبة في شأن استعمال الحق أو مباشرته ، فوجودها حينئذ لا يكون شرطا لقيام الحق ولكنه يكون شرطا لمجرد مباشرته . فوجود الحق اذن لا يفترض وجود قدرة ارادية لدى صاحبه ، وان كانت مباشرة الحق قد تفترض وجود مثل هذه القدرة .

فالاتجاه الشخصى في تعريف الحق يخلط اذن بين وجود الحق وبين مباشرته ، فيضع شرطا لهذا الوجود ما قد تتطلبه المباشرة من توافر قدرة ارادية معينة . والتفرقة الواجبة بين وجود الحق وبين مباشرته ، هى التى تبرر ما يوجد فى العمل من ثبوت حقوق لأشخاص تمتنع عليهم مباشرتها بأنفسهم لانعدام ارادتهم ، وقيام آخرين بمباشرتها عنهم نظرا لما يتمتعون به من ارادة . ولو كان الأمر منوطا بقدرة ارادية لوجود الحق لامتنع ثبوت الحق لعديمى الارادة وللأشخاص المعنوية أو الاعتبارية ، ولقيل

---

(١) وقد حاول « وينشيد » رد هذا الاعتراض الحاسم بالقول ان الارادة المقصودة فيما يتعلق بالطائفة الاولى من الحقوق هى ارادة القانون او المشرع لا ارادة صاحب الحق . ولكن من الواضح ان مثل هذا التبرير المصطنع فيه من التناقض ما يكفى لهدم نظريته فى اعتبار الحق قدرة ارادية .

( انظر فى نقد هذا التبرير : : Dabin, op. cit., pp. 60, 61 - Duguít, op. cit., t. I, § 25, pp. 277, 278. - Ionescu, thèse précitée, No. 41, pp. 82, 83).



بشوت حقوقهم لمن ينوب عنهم في مباشرتها من ذوى الارادة الكاملة .

فالارادة اذن ليست بلازمة لقيام الحق بل لمباشرته أو استعماله ؛ ورغم ذلك فهي ليست لازمة دائما لهذه المباشرة أو ذلك الاستعمال ، فعادة لا يحتاج الاستعمال المادى للحق الى ارادة ، فعدم الأهلية مثلا يستعمل أو يباشر حق ملكيته حين يسكن منزله أو يركب سيارته «<sup>١</sup>» .

والخلاصة أن الحق لا يفترض لوجوده وجود قدرة ارادية لدى صاحبه . بل ان مباشرة الحق نفسها لا تفترض دائما وجود مثل هذه القدرة ، وان افترضتها في بعض الأحيان ، فلا يبرر ذلك القول بأن الحق قدرة ارادية لأن مباشرة الحق لا تختلط بوجوده . وبذلك لانرى في الاتجاه الشخصى في تعريف الحق ما يقنع بالانحياز اليه أو اتباعه .

## ٢٧٣ - الاتجاه الموضوعى

كان الفقيه الألمانى «اهرنج» (Ihering) من أشد الفقهاء مهاجمة للاتجاه الشخصى في تعريف الحق . ولذا فقد نحا في تعريفه نحو آخر موضوعيا ، فنظر الى الحق من خلال موضوعه والغرض منه وعرفه بأنه مصلحة يحميها القانون (Intérêt Juridiquement protégé) «<sup>٢</sup>» . ولقد صادف هذا التعبير الموجز قبولا في الوسط القانونى أكثر مما صادفه التعريف القائم على أساس الاتجاه الشخصى ، وان يكن لم تكتب له الغلبة في الفقه الحديث نظرا لما وجه اليه من انتقادات كثيرة «<sup>٣</sup>» أظهرت

(١) في هذا المعنى : Dabin, op. cit., p. 63.

(٢) Ihering, op. cit., t. IV, § 71, p. 236

وانظر في الأخذ بهذا التعريف :

عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت، المرجع السابق، فقرة ٢١٢

(٣) راجع في ذلك خاصة : Dabin, op. cit., pp. 68 - 72.

Duguít, op. cit., § 26, pp. 284-287. - Ionescu, thèse précitée No. 46, 48.



عجزه وقصوره بمفرده عن تعريف الحق تعريفا جامعيا مانعا  
لاختلاط غيره به .

فأهرنج ينكر تأسيس الحق على الارادة ، لأن الحق كما يثبت لذوى  
الارادة يثبت لعديديها على السواء ؛ ولأن العبرة ليست بارادة تنشط أو  
تسود - فارادة الولي أو الوصى لا ارادة القاصر هي التى تنشط ومع  
ذلك يكون الحق للقاصر وحده دون الولي أو الوصى - وانما تكون العبرة  
بالغرض الذى قد تنشط الارادة من أجله ، والارادة لا تنشط الا لتحقيق  
منفعة أو مصلحة أو كسب . فالمنفعة أو المصلحة اذن - لا الارادة - هي  
جوهر الحق . رمن هنا لم يكن الحق هو الذى فى خدمة الارادة ، بل  
الارادة هي التى فى خدمة الحق أى فى خدمة مصلحة معينة من المصالح؛  
ولم يكن صاحب الحق هو من يدعى الارادة بل من يدعى المنفعة  
أو المصلحة «١» .

والمنفعة أو المصلحة جوهر الحق ، لا يشترط أن تكون منفعة أو  
مصلحة مادية ، فقد تكون منفعة أو مصلحة معنوية ؛ بل ان من المصالح  
المعنوية ما يفوق المصالح المادية فى أهميته كالحرية والشرف مثلا .

ولئن كان « أهرنج » يعتبر المصلحة هي جوهر الحق ، فهو يضيف  
اليها عنصرا آخر هو عنصر الحماية القانونية التى تسبغ على هذه المصلحة،  
فكل حق مزود بدعوى تكفل احترام المصلحة التى يهدف الحق الى تحقيقها  
وادراكها ، وبذلك يتوافر للحق عنصران : عنصر جوهري موضوعي  
يكمن فيه الهدف العملى للحق هو عنصر المصلحة ، وعنصر شكلي  
يوفر لهذا الهدف وسيلته هو عنصر الدعوى «٢» .

ذلك هو الاتجاه الموضوعي فى تعريف الحق . وأول ما يؤخذ عليه

Ihering, op. cit., pp. 322, 323 (١)

Ihering, op. cit., p. 326 (٢)



أنه يعتبر المصلحة هي معيار وجود الحق ، بينما هي ليست كذلك دائما .  
فلئن كان الحق يكون مصلحة من المصالح ، فليس العكس بصحيح اذ  
لا تكون دائما كل مصلحة حقا من الحقوق ؛ فمن المصالح ما لا يرتفع  
الى مرتبة الحقوق . فمثلا لو تعاقد مستأجر يقطن الطابق العلوى من  
منزل المؤجر على قيام الأخير بانارة السلم وفرشه حتى الدور العلوى ،  
فبديهي أن سكان الطوابق السفلى يستفيدون من هذه الانارة وذلك  
الفرش فتكون لهم بذلك مصلحة ظاهرة فيها ؛ ومع ذلك فواضح أن هذه  
المصلحة لا تعطىهم أى حق قبل المؤجر فى انارة السلم وفرشه ، فلا يتمتع  
بهذا الحق قبل المؤجر الا مستأجر الطابق العلوى وحده بناء على  
الاتفاق المبرم بينهما «١» .

وكذلك الشأن فيما يتعلق بفرض رسوم جمركية على الواردات الأجنبية  
حماية للصناعات الوطنية ، فغنى عن البيان أن أصحاب هذه الصناعات  
تكون لهم مصلحة كبيرة فى فرض هذه الرسوم لأنها تحد من منافسة  
البضائع الأجنبية لبضائعهم ، ورغم ذلك فليست تعطىهم هذه المصلحة حقا  
فى فرض تلك الرسوم ، كل ما هناك أنهم يستفيدون منها اذا فرضت «٢» .

كل ذلك قاطع الدلالة على أن المصلحة لا تصلح معيارا للحق .  
فضلا عن أن المصلحة هي الغاية والهدف من الحق ، والمقصود هو التعريف  
بالحق نفسه لا التعريف بغايته أو هدفه . فالمصلحة اذن ان كانت تصلح  
بيانا لهدف الحق ، فهي لا تصلح بيانا أو تعريفا بالحق فى ذاته وجوهره  
بصرف النظر عن هدفه أو غايته «٣» . فكان الاتجاه الموضوعى فى تعريف

(١) Karkounouv, Cours de théorie générale du droit, trad. Tchernoff, 2e éd., 1914, p. 232.

(٢) Michaud, La théorie de la personnalité morale et son application du droit français, 3e éd., 1932 t. I, No. 48, p. 106.

(٣) فى هذا المعنى :

Saïlles, op. cit., pp. 541, 545. — Duguit, op. cit., t. I, § 26, pp. 284, 286. — Dabin, op. cit., pp. 69 - 70.



الحق انما يدور في واقع الأمر حول مشكلة هذا التعريف دون أن يحلها .

بقى بعد ذلك أن نراعى أن العنصر الثانى الذى يضيفه اهرنج الى عنصر المصلحة وهو عنصر الحماية القانونية أو عنصر الدعوى ، ليس في واقع الأمر عنصرا ثانويا كما يرى ، بل هو يكاد يتلغ العنصر الآخر الذى يعتبره العنصر الجوهرى في الحق وهو المصلحة . ذلك أن المصلحة لا تكون حقا عنده الا اذا حماها القانون وزود صاحبها بدعوى . فكأن وجود الدعوى أو عدم وجودها هو الفيصل في وجود الحق ، وكان الوسيلة اذن تقدم على الغاية وتتحكم فيها ، وذلك ما لا يمكن التسليم به . فليست الدعوى بميز لوجود الحق وانما هى مجرد وسيلة لحمايته . فهى بحسب طبيعتها تالية لنشوء الحق ، فكيف يمكن اعتبارها اذن معيار وجوده ؟ . الواقع أن الحق لا يعتبر حقا لأن القانون يحميه بدعوى ، ولكن الصحيح أن القانون يحميه بدعوى لأنه حق «١» .

والخلاصة أن الاتجاه الموضوعى عاجز عن التعريف بالحق تعريفا يبين مقوماته الجوهرية وخصائصه الذاتية . فهو يسلك في هذا التعريف مسلكا معيبا حين يعرف الحق بأشياء خارجية عن كيانه الذاتى ، كالمصلحة وهى الغرض منه ، والدعوى وهى وسيلة حمايته .

## ٢٣٨ - الاتجاه المختلط

هذان هما الاتجاهان الكبيران في التعريف بالحق . وقد عرضنا في ايجاز لعجز كل منهما وقصوره عن بيان جوهر الحق ومقوماته . من أجل ذلك لم يبايع الفقه الحديث أيا من الاتجاهين ، بل شايح جانب كبير منه «٢»

---

Dabin, op. cit., p. 69

Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, No. 74. - Colin,

Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 119. - DE LA Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., Nos. 355-357, 376.-Gény, op. cit., t. IV, p. 183 =



اتجاهها ثالثا مخضرا ولده من التزاوج بين هذين الاتجاهين ، وهو مانسميه بالاتجاه المختلط . وهذا الاتجاه الثالث انما يعرف الحق بالنظر اليه من خلال صاحبه ومن خلال موضوعه أو الغرض منه على حد سواء ، أى يعرفه بأنه ارادة ومصلحة فى آن واحد ، فيجمع بذلك بين الاتجاه الشخصى والاتجاه الموضوعى .

غير أن أنصار هذا الاتجاه المختلط فى تعريف الحق ان كانوا سواء فى الجمع بين الارادة والمصلحة ، فليسوا سواء فى أى العنصرين تكون له الأهمية وتعقد له الغلبة . فبعضهم يغلب دور الارادة على دور المصلحة ، فيعرف الحق بأنه هو تلك القدرة الارادية الممنطة لشخص من الأشخاص فى سبيل تحقيق مصلحة يحميها القانون «<sup>١</sup>» . والبعض الآخر يغلب دور المصلحة على دور الارادة ، فيعرف الحق بأنه هو تلك المصلحة التى يحميها القانون وتقوم على تحقيقها والدفاع عنها قدرة ارادية معينة «<sup>٢</sup>» .

فأنصار هذا الاتجاه المختلط يتراوحون اذن فى تعريف الحق بين جعل المصلحة فى خدمة الارادة وبين جعل الارادة فى خدمة المصلحة . وليس بذى بال مثل هذا التراوح والاختلاف بين أنصار هذا الاتجاه ، اذ يبقى اتجاههم — رغم ذلك — واحدا قائما على الجمع بين الارادة والمصلحة .

---

=et note (3), - Ionescu, thèse précitée No. 49.- Michoud, op. cit., t. I, No. 48;

حسن بغدادى . المرجع السابق ، ص ٣١ وما بعدها . سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص ٣١٢ وما بعدها .

Ionescu, No. 49, p. 94.- Jellinek, cité par Dabin, op. cit., p. 74 (١)

وقارن « سالى » الذى يجمع بين عنصر السلطة وعنصر المصلحة ، ولكنه يحاذر فيجعل الارادة متعلقة باستعمال الحق لا بوجوده ، اذ يعرف الحق كما يلى :

« Le droit subjectif est un pouvoir mis au service d'intérêts de caractère social, et exercé par une volonté autonome » . ( Saleilles, op. cit., p. 548 )

Michoud, op. cit., t. I, No. 48, p. 107 (٢)



وهو من أجل ذلك اتجاه غير مقبول كالاتجاهين اللذين تولد منهما . فقد سبق أن قلنا أن الحق لا يفترض وجود قدرة ارادية لدى صاحبه ، وإن الحق ليس هو المنفعة أو المصلحة التي تعود على صاحب الحق من وراء حقه ، فيكون من المنطق إذن رفض الاتجاه المختلط الذي يقيم تعريف الحق على أساس وجود مصلحة وقدرة ارادية معا لدى صاحب الحق «<sup>١</sup>» .

### ٢٣٩ - تحليل الحق وتعريفه

عرضنا فيما تقدم للاتجاهين الكبيرين ، الشخصى والموضوعى ، الموجودين فى الفقه بشأن تعريف الحق ، وللاتجاه المختلط المتولد منهما والرائج فى الفقه الحديث . وقد انتهينا الى أن هذه الاتجاهات الثلاثة ليست بالمقنعة فى شأن تعيين جوهر الحق وذاتيته تعيينا محكما يمتنع معه كل اختلاط بين الحق وبين غيره من الأوضاع المتماثلة أو المتشابهة . من أجل ذلك نسلك فى تعريف الحق مسلكا تحليليا تتدرج فيه بين عناصره الخاصة به والمميزة له ، على ذلك يقربنا الى الوقوف على ماهية الحق وذاتيته ومقوماته .

ولعل أول ما يثيره اصطلاح « الحق » فى الذهن هو فكرة وجود صلة أو رابطة قانونية ، وفكرة اختصاص شخص من الأشخاص — على سبيل الاستثارة — بمركز قانونى ممتاز . فنتبع هاتين الفكرتين فيما يلى :

---

(١) فى هذا المعنى :

Dabin, op. cit., p. 80.

اسماعيل غانم ، محاضرات فى النظرية العامة للحق ، ١٩٥٥ ، ص ١١ .

(٢) انظر فى ذلك بصفة خاصة :

Planiol, Traité élémentaire de droit civil, IIe éd., par Ripert, No. 2158

et s.



(١) **الرابعة القانونية :** يذهب جمهور الفقهاء الى أن الرابطة القانونية (Le rapport de droit)، أى الرابطة التى يحكمها القانون، لا يتصور وجودها الا بين الأشخاص وحدهم «١». • فليس ثم رابطة قانونية يتصور قيامها بين الأشخاص من ناحية وبين الأشياء من ناحية أخرى • ذلك أن كل رابطة قانونية تفترض حقا من ناحية ، وواجبا أو التزاما من ناحية أخرى ، وليس من المعقول تكليف الأشياء بواجب معين أو التزام • ومن هنا ، فطبقا لهذا النظر ، تكون الرابطة القانونية هى تلك الرابطة أو العلاقة التى يحكمها القانون ، والقائمة بين شخصين أو بين طرفين من الأشخاص ، بحيث يكون لأحدهما مطالبة الآخر بأداء معين أى مطالبة اما بالقيام بعمل واما بالامتناع عن عمل •

وتصوير الرابطة القانونية على هذا النحو المقصور على الأشخاص وحدهم تصوير قاصر وغير صحيح «٢» ، بل ويؤدى الى القول بتوافرها فى بعض أنواع الحق دون بعض وخاصة فى نوع معين منها هو « الحق الشخصى » أو « حق الدائنية » دون « الحق العينى » • فهى ظاهرة وقائمة فى الحق الشخصى حيث يوجد طرفان من الأشخاص : دائن من ناحية ، ومدين من ناحية أخرى ، وحيث يلتزم أحدهما وهو المدين بأداء معين قبل الآخر وهو الدائن ، فالمقترض مثلا يلتزم قبل المقرض برد مبلغ القرض • ولكن الرابطة القانونية حسب هذا النظر يجب اعتبارها مختلفة فى الحق العينى الذى يعطى لشخص سلطة على شيء من الأشياء ، اذ لا يوجد حينئذ الا شخص أو طرف واحد هو صاحب الحق دون أن يقابله شخص أو طرف آخر يدخل معه فى رابطة قانونية ويلتزم قبله بالتزام معين ، فالى جنب صاحب الحق لا يوجد الا الشيء موضوع الحق ، ولا يتصور القول فى

(١) انظر فى ذلك بصفة خاصة

Planio, Traité élémentaire de droit civil, 11e éd., par Ripert, No. 2158 et s.

(٢) فى هذا المعنى :

Beudant et Voirin, Cours de droit civil français, 2e éd., t. IV, Les biens, 1938, No. 56, — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 166.



منطق هذا النظر بقيام رابطة بينهما ، اذ الروابط القانونية لا تقوم بين شخص وشيء وانما بين شخص وشخص . فليس ثم رابطة قانونية تقوم اذن في شأن حق الملكية مثلا - وهو أهم حق عيني - لأنه لا ينشئ صلة بين أشخاص وانما يعطي سلطة لشخص هو المالك على شيء هو محل الملكية .

فالاقتصار على تصور الرابطة القانونية قائمة بين الأشخاص وحدهم يستتبع اذن القول بتخلفها في بعض الحقوق كالحق العيني . وهذا ما أوقع بعض الفقهاء في الحرج ودفعهم الى التماس التوفيق بين ضرورة وجود أشخاص تقوم بينهم الرابطة القانونية وبين ما هو واقع في الحق العيني من وجود شخص من ناحية وشيء من ناحية أخرى . فاحتالوا لذلك بالقول ان ثم رابطة قانونية قائمة بين الأشخاص في الحق العيني كالحق الشخصي سواء بسواء ، اذ تقوم فيه رابطة بين الشخص صاحب الحق العيني وبين الناس كافة ، وبمقتضاها يلزم الكافة باحترام حقه والامتناع عن الاعتداء عليه .

وسنرى من بعد «١» أن هذا التحايل مردود ولا حاجة اليه ، وانما يكفي أن نستخلص من مثل هذا التحايل الصناعات ضرورة العدول عن تصور الرابطة القانونية كرابطة لا تقوم الا بين الأشخاص وحدهم .

فالواقع أن تصور الرابطة القانونية كرابطة بين أشخاص فحسب ، لا يصدق - فيما نرى - الا في شأن نوع معين من الروابط القانونية هي روابط الاقتضاء ( rapports d'exigences ) أي الروابط التي تخول لشخص معين اقتضاء أداء معين من شخص آخر يلزم بالخضوع لهذا الاقتضاء . ذلك أن مثل هذا النوع من الروابط يفترض وجود واجب أو التزام معين ، ولا يتصور أن يتحمل بالواجب أو الالتزام الا الأشخاص وحدهم .

---

(١) انظر لاحقا ، الفصل الثالث من هذا الباب التمهيدى .



ولكن ليست الروابط القانونية كلها روابط اقتضاء، فثم روابط تسلط (Rapports de maîtrise) ، تخول لشخص معين سلطة على شيء معين .  
وغنى عن البيان أن مثل هذا النوع من الروابط لا يتصور منطقاً قيامه بين شخص وشخص آخر ، فالتسلط لا يتصور أن يقع على الأشخاص وإنما يقع على الأشياء وحدها . فحق الملكية مثلاً يفترض وجود رابطة قانونية بمعناها كرابطة تسلط لا كرابطة اقتضاء ، لأنه يخول المالك سلطة على الشيء محل الملكية دون أن ينشئ بينه وبين أشخاص معينين رابطة اقتضاء تلزمهم بعمل معين قبله .

ومن هنا ينبغي رد الروابط القانونية الى نوعين :

١ - روابط اقتضاء، وهى تلك التى لا تكون الا بين شخص وشخص لأنها تفترض الزاماً بأداء معين ، والالزام لا يتصور وقوعه الا على عاتق الأشخاص وحدهم .

٢ - روابط تسلط ، وهى تلك التى لا تتصور الا من شخص على شيء ، لأن التسلط محله الأشياء لا الأشخاص «١» .

فاذا قلنا ان الحق يفترض وجود رابطة قانونية ، قصدنا بذلك اذن أنه يفترض اما وجود رابطة اقتضاء واما وجود رابطة تسلط .

( ٢ ) - الاستئثار بما تخوله الرابطة القانونية من تسلط أو اقتضاء :

غير أن فكرة الرابطة القانونية بما تعطيه من اقتضاء أو تسلط لا تكفى وحدها للدلالة على ماهية الحق وذاتيته ، وإنما ينبغى أن يكون التسلط أو الاقتضاء ثابتاً لشخص أو أشخاص معينين على سبيل الافراد أو الاستئثار أو الاختصاص .

---

(١) راجع فى شأن التمييز بين الروابط القانونية على هذا النحو :

H. Kira, thèse précitée, notamment, pp. 103-105.



فالحق انما يفترض دائما وجسود مركز ممتاز لصاحبه بالنسبة الى الآخرين ، وهو ما لا يتأتى الا بأن يكون مضمون الحق - بما يخوله من تسلط أو اقتضاء - في يده يستأثر به وحده دون سائر الناس . ومعنى ذلك أن الحق يقوم على أساس من عدم التساوى بين مراكز الأفراد « ١ » ، فيختص صاحب الحق بمركز ممتاز ينفرد به دون غيره من الناس « ٢ » . فالمالك مثلا يستأثر وحده بالتسلط على ملكه فلا يكون لأحد غيره من الناس مثل هذا التسلط على نفس هذا الملك . والمقرض كذلك ينفرد وحده دون سائر الناس بقدرة اقتضاء مبلغ القرض من المقرض ، فلا يملك أحد غيره مثل هذه القدرة في شأن نفس القرض .

من كل ذلك نخلص بأن الحق يفترض وجود عنصرين أساسيين :

( ١ ) رابطة قانونية ، سواء كانت هذه الرابطة رابطة تسلط أو رابطة اقتضاء .

( ٢ ) استتثار شخص وانفراده دون سائر الناس بما تخوله له الرابطة القانونية من تسلط أو اقتضاء .

والبصر بهذين العنصرين في الحق ، يتيح التمييز بينه وبين ما قد يختلط به من أوضاع متماثلة أو متشابهة كالحريات أو الرخص العامة ، مثل حرية الاعتقاد وحرية الاجتماع ، وحرية الرواح والمجىء ، وحرية التعاقد . فكل هذه الحريات أو الرخص العامة تعطى للأفراد سلطة معينة يسبغ القانون عليها حمايته من أى اعتداء يقع عليها . ومن هنا شاع الخلط بينها وبين الحقوق بالمعنى الاصطلاحي الدقيق حتى أطلق عليها كثير من الفقهاء اسم « الحقوق » .

( ١ ) Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 4

( ٢ ) في هذا المعنى :

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 646 - H. Kira, thèse précitée, pp. 94-  
René Capitant, Sur la nature des droits réels, Mélanges Sugiyama, p. 31.



فمن الواجب التفرقة اذن بين الحقوق وبين الحريات أو الرخص العامة (١) . فهذه الحريات أو الرخص العامة لا تفترض ما تفترضه الحقوق من وجود استئثار وانفراد بما تخول هذه الرابطة القانونية من تسلط أو اقتضاء .

فالحقوق اذ تفترض وجود روابط قانونية ، انما تفترض وجود الأفراد في مراكز متفاوتة قبل بعضهم البعض ، فتضع بذلك صاحب الحق في مركز ممتاز عن غيره من الناس بما تخول له من تسلط أو اقتضاء ، وهو ما يستلزم أن يكون له هذا التسلط أو ذاك الاقتضاء على سبيل الاستئثار والانفراد دون سائر الناس .

بينما الحريات أو الرخص العامة ، على العكس من ذلك ، لا تفترض وجود روابط قانونية بعد بحيث تتفاوت بشأنها المراكز بين الأشخاص ، بل هي تفترض وجود الأشخاص في نفس المركز من حيث التمتع بما تخوله من سلطات . ولذلك فهي لا تعرف فكرة الاستئثار أو الانفراد ، بل يتمتع الكافة جميعا بالحريات أو الرخص العامة على قدم المساواة ، دون استئثار واحد منهم أو انفراده بالتمتع بها دون الآخرين . فحرية السير في الطرق العامة مثلا لا تفترض وجود رابطة قانونية أى لا تفترض تفاوتاً في مراكز الأفراد بعضهم بالنسبة الى بعض ، بل تفترض وجود الأفراد جميعا في نفس المركز بالنسبة اليها ، أى في ذلك المركز العام المشترك من امكان التمتع بها من قبل الجميع ، تمتعا لا ينفرد أو يستأثر به أحد منهم دون الآخرين .

غير أن الحرية أو الرخصة قد تولد أحيانا حقا من الحقوق بالمعنى الاصطلاحي الدقيق ، وذلك اذا وقع اعتداء عليها من أحد الأفراد ، اذ

(١) في هذا المعنى :

H. Capitan, sur labus des droits, Revue trimestrielle de droit civil, 1928, p. 372.

ولكن انظر عكس ذلك :

جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، ص ٢٩ .



بمجرد هذا الاعتداء — وليس قبله بحال من الأحوال — تنشأ رابطة قانونية هي رابطة اقتضاء تعطى للمعتدى على حريته حقا في التعويض قبل المعتدى . فالحریات أو الرخص العامة اذن ليست حقوقا في ذاتها ولكنها قد تولد حقوقا حينما تنشأ رابطة قانونية تخول شخصا من الأشخاص تسلطا أو اقتضاء على سبيل الانفراد والاستثارة .

فالفرق بين الحقوق والحریات أو الرخص العامة اذن كالفرق بين الطريق الخاص والطريق العام : الأول يكون خاصا بشخص معين يختص به اختصاصا حاجزا مائلا لغيره من الناس ؛ والثاني لا يكون خاصا بأحد، بل يشترك الجميع في استعماله دون استثناء «<sup>١</sup>» .

(١) ولذلك يذهب بعض الفقهاء — في مجال التفرقة بين الحریات وبين بعض الحقوق وهي الحقوق العينية — الى تسمية الاولى «الحریات العامة» ، والثانية «الحریات الخاصة» ، تأكيد لانفراد الثانية دون الاولى بخصوصية الاستثارة والاختصاص .

انظر في ذلك خاصة تأصيل الأستاذ «رينيه كابيتان» لهذه التفرقة بقوله :

« ... Les libertés publiques... sont publiques, en ce sens qu'elles appartiennent à tous, peuvent être exercées par tous simultanément, tandis que les secondes sont privées, en ce sens qu'elles comportent une appropriation, qu'elles constituent pour leurs titulaires un avantage spécialement réservé, dont l'usage est exclusif de celui des tiers. Ainsi la liberté d'aller et de venir, la liberté de religion, la liberté de pensée, la liberté de la presse, la liberté du travail sont des libertés publiques, parce qu'elles n'impliquent pour leurs titulaires aucun monopole, aucun avantage qui restreigne la liberté d'autrui. Au contraire, les droits réels sont des libertés privées car le propriétaire — pour prendre en exemple le droit réel type — est seul à pouvoir utiliser la chose qui fait l'objet de son droit. La liberté dont il jouit est donc une liberté exclusive.

Les tiers sont tenus, non seulement de ne pas faire obstacle à l'usage de la chose par lui, mais encore à s'abstenir de tout acte semblable. Ainsi, alors que tous les individus — à la seule condition de respecter les règles de police en vigueur — peuvent exercer simultanément et indivisément leur droit d'aller et de venir sur les voies publiques, le propriétaire d'un bien a le monopole de son droit; la chose qu'il possède est retirée à l'usage des tiers. C'est en ce sens qu'il en a une propriété privée et non publique ou collective. (René Capitant, sur la nature des droits réels, Mélanges Sugiyama, p. 31).



وقد بصر المشرع المصرى بهذه التفرقة بين الحقوق والحريات أو الرخص العامة ، وتميز الأولى دون الثانية بخصيصة الاستئثار والافراد ، فوضع نصا فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى ينص على هذه التفرقة بقوله : « الحقوق المدنية نوعان : حقوق محددة يكسبها الشخص ويختص بها دون غيره ، ورخص قانونية أو حقوق عامة يعترف بها القانون للناس كافة » . وقد أوضح هذه التفرقة فى المذكرة الايضاحية لذلك المشروع بقوله « يقصد بالحق ... كل مكنة تثبت لشخص من الأشخاص على سبيل التخصيص والافراد ، كحق الشخص فى ملكية عين من الأعيان أو حقه فى اقتضاء دين من الديون أو حقه فى طلاق زوجته . أما عدا ذلك من المكنات التى يعترف بها القانون للناس كافة دون أن تكون محلا للاختصاص الحاجز ، فرخص أو إباحات كالحريات العامة وما إليها (١) » . وقد رأى حذف هذا النص فى لجنة المراجعة باعتباره أدخل فى عمل الفقه منه فى عمل المشرع .

وسرى من بعد ، أن من النتائج التى تترتب على هذه التفرقة بين الحقوق وبين الحريات أو الرخص العامة ، أن فكرة التعسف انما ترد فى شأن استعمال الحقوق وحدها دون استعمال الحريات والرخص العامة؛ ففى أحكام المسؤولية المدنية ما يكفل رقابة هذا الاستعمال الأخير والتعويض عن مخاطره أو أضراره دون حاجة الى فكرة التعسف فى شأنه . وعلى ضوء ما سبق من تحليل للحق وتميز بينه وبين ما قد يختلط به من الحريات والرخص العامة ، نستطيع تعريف الحق اذن بأنه هو تلك الرابطة القانونية التى بمقتضاها يخول القانون شخصا من الأشخاص — على سبيل الافراد والاستئثار — التسلط على شيء أو اقتضاء أداء

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٢٠١ .



معين من شخص آخر « ١ » .

ويراعى أننا قد أغفلنا في صلب هذا التعريف عنصر الحماية القانونية أو الدعوى التى يزود بها الحق . ومرد ذلك الى أننا لا نساير بعض الفقهاء الذين يعتبرون الدعوى من عناصر الحق الجوهرية ومقوماته الداخلية . فالدعوى فى واقع الأمر لا تعدو أن تكون أثرا من آثار وجود الحق واستناده الى القانون ، فهى مجرد وسيلة يصطنعها القانون لحماية الحق ، مما يفترض أنها تالية فى الوجود لوجود الحق ، فلا يتأتى منطقاً ادخالها اذن ضمن عناصر تكوينه الذاتية أو الجوهرية .

فالدعوى اذن أثر من آثار وجود الحق وليست عنصرا من عناصره

---

(١) يدخل هذا التعريف فى الاعتبار الطبيعة المركبة للحق التى اغفلها أو غفل عنها بعض الفقهاء بقصد اعطاء تصوير موحد للحق على اختلاف أنواعه . فتعريف الأستاذ « دابان » للحق بأنه تبعية اختصاص وتسלט ( *appartenance-maîtrise* ) (Dabin, op. cit., pp. 80 et s.) يكاد ينصرف الى نوع معين من أنواع الحق هو « الحق العيني » ، وهو مايكشف عنه التعامل الظاهر فى اعتبار كل حق نوعا من الملكية حتى ولو كان الحق حق دائنية ومحلّه مجرد أداء أو عمل يقتضى لا شئ من الأشياء يمتلك ( Dabin, op. cit., p. 85 ) وتعريف الأستاذ « بونار » للحق بأنه سلطة اقتضاء من الغير ( Bonard, Le contrôle Juridictionnel de l'administration, Etude de droit administratif comparé, 1934, Nos. 14, 15 ).

ان كان يبرز فكرة الرابطة القانونية فى الحق كما نرى ، الا أنه يقصرها على رابطة الاقتضاء وحدها بإبراز فكرة الالتزام المقابل للحق ، بحيث لا يصدق الا فى شأن الحقوق التى تفترض مثل هذه الرابطة كالحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية ، دون بقية الحقوق وخاصة الحقوق العينية التى تختفى فيها فكرة الالتزام المحدد المقابل نظرا لطبيعة الرابطة القانونية فيها وكونها مجرد رابطة تسلط لا رابطة اقتضاء .

راجع فى ذلك : (١)

H. Kira, thèse précitée, p. 105, note



الجوهرية «١» . ومن هنا كان كل حق مزودا بالضرورة بدعوى تؤكد وتحميه ، خلافا لما يراه بعض الفقهاء «٢» من امكان وجود الحق دون وجود الدعوى . فالمثل الذى يضربونه للتدليل على رأيهم من وجود نوع من الالتزام هو « الالتزام الطبيعى » لا يملك الدائن اجبار المدين على الوفاء به الا أن يقوم به المدين طوعا واختيارا فيعتبر وفاؤه صحيحا منتجا لآثاره القانونية ، مثل غير مجد فى هذا الشأن . فمثل هذا الالتزام ليس بالالتزام القانونى بالمعنى الصحيح ، وبالتالي لا يوجد فى مقابلته أى حق للدائن . ومن هنا ، لم يكن تخلف وجود الدعوى فى يد الدائن لاقتضاء الوفاء بمثل هذا الالتزام دليلا يؤخذ على امكان وجود الحق دون أن يستتبع وجوده قيام دعوى تحميه . فاذا انقضى دين بالتقادم مثلا ،

---

(١) فى هذا المعنى :

Ionencu, thèse précitée, No. 29, pp. 63 - 66. — Réglade, op. cit., pp. 83, 90.  
H. Kira, thèse précitée, p. 89.

شفيق شحاته ، محاضرات فى النظرية العامة للحق ، ص ١٥  
ولكن اذا كانت الدعوى اثرا من آثار الحق بمعنى أن وجود الحق يستتبع حتما وجود الدعوى ، الا أن العكس ليس بصحيح . فليس فى وجود دعوى من الدعاوى دليل حتمى على وجود حق من الحقوق . فالدعوى ليست هى الحق نفسه فى حال الحركة ينشط للدفاع عن اعتداء واقع عليه كما كان يذهب الفقه التقليدى (Garsonnet et Cézard-Bru, Traité de procédure civile et commerciale, 3e éd., 1912, t. I, No. 561) وانما للدعوى كيان مستقبل قائم بذاته بحيث — كما تكون وسيلة لحماية الحقوق — تكون كذلك وسيلة لحماية مايرى القانون حمايته — نظرا لما له من قيمة معينة — من مصالح وأوضاع لا تبلغ مبلغ الحقوق ( فى هذا المعنى :

Nerson, Les droits extrapatrimoniaux, thèse Lyon, 1939, No. 156, pp. 315, 319. —  
Dabin, op. cit., p. 102. — H. Kira, thèse précitée, pp. 89, 90. — Morel, Traité élémentaire de procédure civil, 2e éd. 1949, No. 25.

(٢)

Capitant, op. cit., No. 91 — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 188 —  
Nerson, thèse précitée, No. 155, p. 313.



فلا يبقى للدائن بعد ذلك حق في اقتضاء وفاء المدين ، وبالتالي لا تكون  
بيده دعوى يؤيد بها هذا الاقتضاء ؛ ونخلف دعواه هنا ليس دليلا على  
امكان قيام حقه دون دعوى ، وانما هو دليل على تخلف حقه  
واقضائه «أ» . /

---

(١) في هذا المعنى :

Dabin, op. cit., pp. 98, 99

شفيق شحاته ، المرجع السابق ، ص ١٤ . - شمس الدين الوكيل ،  
المرجع السابق ، ص ١٦ و ١٧ . - جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ،  
ص ٢٠٦ و ٢٠٧ .



## الفصل الثالث

### أنواع الحق \*

#### ٢٤٠ - تعدد أنواع الحق وتقسيماته

يجرى الفقهاء عند الكلام في أنواع الحق على تقسيم الحقوق تقسيمات عدة تتعدد بتعدد زوايا النظر إليها • وليست كل هذه التقسيمات بذات أهمية متساوية • ولذلك فاذا كنا سنشير الى هذه التقسيمات المتعددة ، فلكي نستصفى منها من بعد ما يجب - لأهمية - الوقوف عنده والخوض فيه بشيء من البيان والتفصيل •

١ - فثم تقسيم للحقوق الى حقوق سياسية (droits politiques) وحقوق مدنية (droits civils) «١» • ويقصد بالحقوق السياسية تلك الحقوق التي تثبت للأفراد باعتبارهم أعضاء في جماعة سياسية معينة فتخولهم حق المشاركة في حكم هذه الجماعة ، كحق الترشيح للمجالس النيابية وحق الانتخاب وحق

#### \* المراجع :

Capitant, op. cit., Nos. 74 - 90 — Dabin, op. cit. pp. 165 - 236 — De la Gressaye et Laborde-Lascoste, op. cit., Nos. 359-366. — Ionescu, thèse précitée Nos. 89-131. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 143 - 146. — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 158 - 172.

اسماعيل غاتم ، المرجع السابق ، ص ١٧ - ٧١ . — جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، ص ٣٠ - ٥٧ . — عبد الحى حجازى ، نظرية الحق ، ١٩٥٢ ، ص ٢٤ - ٧٨ . سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرات ٢٠٤ - ٢٠٩ . شفيق شحاته ، محاضرات في النظرية العامة للحق ، ١٩٤٩ ، فقرات ١٦ - ٢٤ . — شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ١٣٧ - ١٤٥ . — محمد سامى مذكور ، نظرية الحق ، ص ٩ - ٣٤ .

(١) انظر في ذلك :

Capitant, op. cit., No. 75.



تولى الوظائف العامة . ويقصد بالحقوق المدنية ما يلزم ثبوته للأفراد في نشاطهم العادى فى الجماعة من حقوق غير ذات صفة سياسية ؛ وبذلك يضم هذا النوع طائفة كبيرة من الحقوق تختلف أنواعها ولكن يجمعها انتفاء الصفة السياسية .

وليس لمثل هذا التقسيم أهمية كبيرة . اذ تنحصر أهميته فى أن الحقوق السياسية — كأصل عام — حقوق قاصرة على الوطنيين وحدهم دون الأجانب ، اذ هى — بما تخول من حق المساهمة والمشاركة فى حكم الدولة — لا تتصور ثابتة الا للمنتمين بجنسيتهم الى هذه الدولة ؛ بينما تثبت الحقوق المدنية فى الأصل — على خلاف ذلك — لكل فرد أو شخص دون اعتبار لجنسيته بوصفها لازمة له فى نشاطه فى الحياة الاجتماعية «١» .

٢ — وقريب من هذا التقسيم تقسيم الحقوق الى حقوق عامة (droits publics) وحقوق خاصة (droits privés) . ويقصد بالحقوق العامة تلك الحقوق التى يحكمها القانون العام نظرا لتعلقها بحق السيادة فى الجماعة، سواء كانت حقوقا للأفراد قبل الدولة بوصفها صاحبة السيادة فى الجماعة «٢» ، أو حقوقا للدولة بوصفها هذا قبل الأفراد . أما الحقوق الخاصة ، فهى تلك الحقوق التى يحكمها القانون الخاص نظرا لعدم تعلقها بحق السيادة فى الجماعة وقيامها بين الأشخاص بوصفهم أشخاصا عاديين . غير أن هذا التقسيم ليس الا ترديدا لتقسيم القانون الى قانون عام وقانون خاص على

---

(١) اذا كان هذا هو الأصل ، فقد ترد عليه بعض استثناءات معينة ؛ كتحويل الاجاب التمتع — فى حدد معينة — ببعض الحقوق السياسية ، أو حرمانهم من التمتع ببعض الحقوق المدنية كحرمانهم فى مصر من حق تملك الاراضى الزراعية ( القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ ) .

(٢) انظر فى ذلك خاصة :

Barthélemy, Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français, thèse. Toulouse, 1899. — Bonnard, Les droits publics subjectifs des administrés, Revues du droit public et de la science politique, 1932, pp. 695 et s.



التفصيل السابق يانه «١»، فهو لا يضيف جديدا «٢» يجعلنا نتوقف عنده .

٣ — وثم تقسيم آخر تقليدي للحقوق الى **حقوق مطلقة** (droits absolus) و**حقوق نسبية** (droits relatifs) ، وذلك بالنظر الى درجة مفعوليتها ومدى انصراف أثرها الى الغير . فتكون مطلقة الحقوق التي تنتج أثرها ويحتج أثرها الا في مواجهة شخص معين أو أشخاص معينين بالذات كحق الدائنية . بها في مواجهة شخص معين أو أشخاص معينين بالذات كحق الدائنية . ولكن مثل هذا التقسيم قد بولغ في قدره وأهميته وكان وما يزال محلا لاختلاف كبير حول تأويله ومعناه ، حتى ذهب بعض الفقهاء الى نفيه وانكاره على أساس القول بأن الحقوق جميعا دون تمييز حقوق مطلقة من حيث وجوب احترامها على الكافة ونفاذها في حقهم . ولذلك فاذا كان لهذا التقسيم معنى مستقيم ، فهو معنى قائم — كما سنرى — على التفرقة بين الحقوق من حيث كيفية ممارستها ، وهل تتوقف هذه الممارسة على ضرورة تدخل شخص آخر غير صاحب الحق كما في الحق الشخصي أو حق الدائنية فتكون حقوقا نسبية ، أو تستغنى عن مثل هذا التدخل حيث يكون لصاحب الحق سلطان مباشر على محل حقه كالحق العيني فتكون من هذا الوجه حقوقا مطلقة .

٤ — وكذلك يجرى بعض الفقهاء على تقسيم الحقوق الى **حقوق حالية** (droits actuels) من ناحية ، و**حقوق مؤجلة أو مستقبلية** (droits futurs) و**حقوق شرطية** (droits conditionnels) و**حقوق احتمالية** (droits éventuels) من ناحية أخرى . ولكن ليس مثل هذا التقسيم بالذي يجب التوقف عنده ؛ فهو يقوم على أساس وجود الحق وهل هو يقيني حال أم غير ذلك ، ولذلك تنحصر أهميته في فترة الشك من أمر هذا الوجود ، فاذا الحسم

---

(١) راجع سابقا ، فقرات ٢٩ — ٣٢ .

(٢) في هذا المعنى :

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 143



هذا الشك بإثبات الوجود لم يعد ثم ما يفرق هذه الحقوق عن بقية الحقوق ، أو انحصم بنفى هذا الوجود لا تكون حينئذ بصدد حق من الحقوق «<sup>١</sup>» .

٥ - وثم تقسيم آخر للحقوق يقول به بعض الفقهاء هو تقسيمها الى **حقوق مقيدة أو مراقبة** (droits contrôlés) و**حقوق مطلقة أو تقديرية** (droits discrétionnaires) (٣) ، حيث يخضع استعمال أصحاب الأولى لها لتعقيب القضاء ورقابته بينما يترك استعمال الثانية لمحض تقدير أصحابها دون رقابة عليهم في ذلك . وسرى أن هذا التقسيم تقسيم وهمي ، وأن الحقوق جميعا من هذا الوجه مقيدة الاستعمال تخضع في ذلك لرقابة القضاء وتقيبه على ماسنبيته بعد في نظرية « التعسف في استعمال الحق »

٦ - وهناك تقسيم جديد للحقوق أخذ يروج بين الفقهاء المحدثين هو تقسيمها الى **حقوق فردية أو فيما بين الأفراد** (droits individuels ou inter-individuels) و**حقوق جماعية أو طائفية** (droits corporatifs) (٢)

ويقصد بالحقوق الفردية تلك الحقوق التي تثبت للأشخاص بوصفهم أشخاصا فيما بينهم وقبل بعضهم البعض . أما الحقوق الجماعية أو الطائفية فيقصد بها تلك الحقوق التي تثبت داخل نطاق الهيئات أو الجماعات المنظمة ذات الشخصية المعنوية ، اما في العلاقة بين هذه الهيئات أ والجماعات وبين أعضائها من الأشخاص سواء كانت الحقوق لهم قبلها أم كانت لها قبلهم ، أو في العلاقة بين هؤلاء الأعضاء بعضهم ببعض بوصفهم أعضاء منتمين

(١) انظر في نقد هذا التقسيم كذلك :

Dabin, op. cit., pp. 165, 166.

(٢) انظر بصفة خاصة :

Rouast, Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés, Revue trimestrielle de droit civil, 1944, pp. 1 - 19.

(٣) انظر في ذلك :

.....jS

Grassaye et Laborde - La-

coste, op. cit. No. 366 — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 146.



الى هذه الهيئات أو الجماعات . وليس لمثل هذا التقسيم من أهمية غير أهمية ابراز الاطار الخاص الداخلى لحياة ونشاط الجماعات والطوائف المختلفة في علاقاتها بأعضائها أو في علاقات أعضائها بعضهم ببعض «<sup>(١)</sup>» .

٧ - وقريب من هذه الحقوق الجماعية أو الطائفية «(حقوق الأسرة) (droits de famille)» ، وان كانت لا تختلط بها لأن الأسرة ليست جماعة منظمة متمتعة على هذا الأساس بالشخصية المعنوية ، والحقوق الجماعية أو الطائفية تفترض وجود مثل هذه الجماعة المنظمة ذات الشخصية المعنوية لأنها تفترض وجود حقوق لهذه الجماعة قبل أعضائها وحقوق لأعضائها قبلها «<sup>(٢)</sup>» . ولذلك تقتصر حقوق الأسرة على العلاقة بين أعضاء الأسرة أنفسهم بعضهم قبل البعض ، وتثبت لكل منهم باعتبار مركزه في هذه الأسرة . ومن أمثلة هذه الحقوق سلطة الأب أو حقه في تأديب أولاده وتعليمهم ، وسلطة الزوج على زوجته وحقه عليها في طاعته . ويراعى أن حقوق الأسرة تتميز في مجموعها عن بقية الحقوق بأنها لا تخول لأصحابها سلطات فحسب بل تضع على عاتقهم واجبات كذلك في نفس الوقت «<sup>(٣)</sup>» . فالأب مثلا ان كانت له سلطة تأديب أولاده ، فعليه أيضا واجب هذا التأديب ؛ والزوج ان كان له حق الطاعة على زوجته ، فعليه كذلك واجب ايوائها باعداد مسكن الزوجية المناسب وواجب الاتفاق عليها . ومرد هذه الخصيصة في حقوق الأسرة وسلطاتها الى أن هذه الحقوق والسلطات لا تمنح لأصحابها لتحقيق مصلحتهم الخاصة ، وانما

---

(١) Marty et Raynaud, ibid

(٢) في هذا المعنى :

Dabin, op. cit., pp. 203, 204 — Marty et Raynaud, op. cit. No. 146

وقارن :

De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 366

Capitant, op. cit., No. 90 (٣)



تمنح لهم أساسا لتحقيق مصلحة الأسرة كلها ولتحقيق مصلحة الخاضعين من أعضاء الأسرة لهذه الحقوق وتلك السلطات .

والأصل أن حقوق الأسرة حقوق غير مالية ، فلا يملك أصحابها التعامل عليها بالتصرف فيها أو التنازل عنها ، ولا يملك الدائنون توقيع الحجز عليها ، ولا تنتقل بالموت الى ورثة أصحابها . غير أن ثم حقوقا مالية تنشأ للأفراد نتيجة مراكزهم في الأسرة وعلاقات القرابة التي تربطهم بغيرها ، كحق الارث وحق النفقة ، ولكن مثل هذه الحقوق تعتبر حقوقا مالية خالصة فتخرج عن نطاق حقوق الأسرة <sup>(١)</sup> .

٨ - غير أن التقسيم التقليدي الذي جرى عليه أغلب الفقهاء واتبعته أكثر التقنيات هو تقسيم الحقوق الى **حقوق مالية** (droits pécuniaires ou patrimoniaux) و**حقوق غير مالية** (droits extra-patrimoniaux) . ومثل هذا التقسيم له فائدة غير منكورة في تأصيل التفرقة بين طائفتين كبيرتين من الحقوق ، تعا لتوافر أو تخلف القيمة المالية فيها وما يستتبعه ذلك من الدخول بها في دائرة التعامل أو الخروج بها عنها بما يصاحب ذلك من آثار مختلفة ، بحيث تدخل الحقوق المالية وحدها في الذمة المالية مكونة جانبها الايجابي ، وتكون - بهذا الوصف - على تقيض الحقوق غير المالية - قابلة للتصرف والحجز والتقادم والارث . ولكن فائدة هذا التقسيم لا تحجب عدم قطعه ودقته <sup>(٢)</sup> . فمن الحقوق غير المالية ما يستتبع آثارا مالية ، كحق البنوة يستتبع الارث ، وحق الطلاق يستتبع حق النفقة . وكذلك فالاعتداء على الحقوق غير المالية لا يلبث أن يولد حقوقا مالية بالتعويض . هذا فضلا

(١) Capitant, ibid.

(٢) انظر في ذلك :

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 144 — Mazcaud, op. cit., t. I, No. 158.

وانظر كذلك فيما يعيبه بعض الفقهاء على هذا التقسيم من أنه لا يتعلق بالحقوق نفسها بقدر ما يتعلق بما تمثله من قيم مادية أو معنوية :

Dabin op. cit., p. 166



عن أن بعض الحقوق يستعصى ردها الى طائفة الحقوق المالية وحدها نظرا لما لها من طبيعة مزدوجة مالية ومعنوية على السواء ، كالحق الذهني أو حق المؤلف الذي يعطى صاحبه حقا معنويا في الأبوة على خلقه الفكري وكذلك حقا ماليا في احتكار استغلاله .

٩ - ولذلك يتجه بعض الفقهاء المحدثين «١» نحو تقسيم آخر يقيمونه على أساس المحل ، نظرا لما للمحل من أثر كبير في تحديد مضمون الحق وتنويع سلطاته ، فيقسمون الحقوق على هذا الأساس الى **حقوق الشخصية** (Les droits de la personnalité) و**الحقوق العينية** (Les droits réels) و**الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية** (Les droits personnels ou de créance) و**الحقوق الذهنية** (Les droits intellectuels)

وربط هذا التقسيم بالتقسيم السابق عليه يظهر أن حقوق الشخصية من طائفة الحقوق غير المالية ، والحقوق العينية وحقوق الدائنية من طائفة الحقوق المالية ، بينما ترد الحقوق الذهنية الى الطائفتين معا في نفس الوقت .  
فنعرض لكل من هذه النماذج في مبحث على حدة .

---

(١) Dabin, op. cit., p. 167 et s. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 145.



## المبحث الأول

### حقوق الشخصية \*

Droits de la personnalité

#### ٢٤١ - التصوير السائد لحقوق الشخصية

يذهب جمهور الفقهاء المحدثين الى الاعتراف بكيان مستقل لطائفة معينة من الحقوق يطلقون عليها اسم « حقوق الشخصية » ، ويقصدون بها الدلالة على تلك الحقوق التي تنصب على عناصر الشخصية في مظاهرها المختلفة : المادية والمعنوية ، والفردية والاجتماعية «<sup>١</sup>» ؛ بحيث تعبر عما للشخص من سلطات مختلفة واردة على عناصر شخصيته ، وبقصد حماية وتنمية هذه الشخصية .

**حقوق الشخصية وحقوق الانسان :** اذا كان الاصطلاح السائد في الفقه للتعبير عن هذه الحقوق هو اصطلاح « حقوق الشخصية » ، فثم اصطلاح آخر يزاحمه ويختلط به في كثير من الأذهان هو اصطلاح « حقوق الانسان » (Les droits de l'homme) أو « الحقوق الوليدة مع الانسان » (Les droits innés) ، أو الحقوق العامة (Les droits publics) .

#### \* المراجع :

Nerson, Les droits extrapatrimoniaux, thèse, Lyon, 1939. — Perreau, Des droits de la personnalité, Revue trimestrielle de droit civil, 1909, pp. 501-536. — Regamey, La protection de la personnalité en droit civil, thèse, Lausanne, 1929. — Dabin, op. cit., pp. 169-177. — Ionescu, thèse précitée, Nos. 99-110. — Marty et Raynaud, op. t. I, Nos. 145, 331-334. — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 621-653.

Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture Juridique française, t. II, 1946 : Les droits de la personnalité en droit français et en droit suisse, rapport de MM. Amiaud et Simonius et discussions, pp. 82-92, 292-330.

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٨ - ٢٤ . — عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ٢٤ - ٤٦ . شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ١٣٩ - ١٤٢ .

Dabin, op. cit. p. 169. (١)



والواقع أن مسدلول من الاصطلاحين ليس بعيدا عن الآخر ،  
لاشتراكهما في معنى حماية الشخصية في مقوماتها وعناصرها الأساسية .  
الا أنه يبقى أن اصطلاح « حقوق الانسان » انما يقصد به أساسا الإشارة  
الى ما ينبغى الاعتراف به للأفراد من حقوق مقدسة خالدة تحتمها الطبيعة  
الانسانية كحد أدنى وتفرضها فرضا لازما كضمان لحماية الأفراد من تحكم  
الدولة واستبدادها «<sup>(١)</sup>» . وهذا هو ما كان يعنيه «مذهب القانون الطبيعي»  
حين أراد معارضة حق الملوك الالهى - الذى انتهى الى أن يصبح مبررا  
للاستبداد والتحكم - بهذه الحقوق الطبيعية (Les droits naturels)  
الملازمة للانسان والوليدة معه منذ الأزل . وهو كذلك ما كان يدعو اليه  
« المذهب الفردى » فى ايمانه بالانسان وضرورة تسخير الجماعة لخدمته  
وتوفير التمتع له بحقوقه وحرياته المقدسة الطبيعية . وتأکید حماية الأفراد  
من استبداد الدولة على هذا النحو من الاعتراف لهم بحقوق مقدسة تلتزم  
الدولة بكفالتها وعدم المساس بها ، هو الذى ولد - فى مختلف الدول منذ  
الثورة الفرنسية - عدة من الاعلانات الرسمية لحقوق الانسان ، توجت  
أخيرا بما أجمعت عليه الأمم الأعضاء فى « منظمة الأمم المتحدة » سنة  
١٩٤٨ من اصدار اعلان مشترك هو « الاعلان العالمى لحقوق الانسان »  
( La Déclaration universelle des droits de l'homme )

وأما اصطلاح «حقوق الشخصية» ، فيصرفه الفقهاء أساسا الى  
الحقوق الواردة على مقومات الشخصية وعناصرها فى علاقات الأفراد

---

(١) فى هذا المعنى :

Mazeaud, op. cit., t. I, No. 626

(٢) انظر فى ذلك خاصة :

René Brunet, La garantie internationale des droits de l'homme : d'après  
le Charte de San - Francisco (Genève, 1947), depuis la Charte de San - Fran-  
cisco, (Paris, 1950).



بعضهم ببعض ، بحيث يكون الهدف في هذا المعنى هو حماية الشخصية وحقوقها من اعتداء الأشخاص الآخرين لا من اعتداء الدولة « ١ » .

وعلى أى حال ، فهذه النظرة المزدوجة الى حقوق ذات طبيعة واحدة انما تنفرع على ازدواج القانون الى قانون عام وقانون خاص . فحماية الشخصية في علاقات القانون العام — حيث تبرز الدولة بصفتها صاحبة السلطان في الجماعة — تحتم الاعتراف للأفراد بحريات وحقوق مقدسة يتمتع على الدولة اهدارها وتكون قيذا يرد على سلطانها . وحماية الشخصية في علاقات القانون الخاص — حيث يتساوى الأفراد في هذه الشخصية وفي وجوب احترامها — تقتضى فرض الاحترام المتبادل بين الأفراد في شأنها بما يحمى حقوق كل منهم عليها من اعتداء الآخرين .

واختلاف الزاوية التى ينظر منها الى حماية الشخصية باختلاف من يراد حماية الشخصية من اعتدائه : هل هى الدولة أو الأشخاص العاديون الآخرون ، هو الذى يبرر عدم وجود تطابق كامل بين الحقوق الداخلة تحت طائفة حقوق الانسان وتلك الداخلة تحت طائفة حقوق الشخصية . ولذلك نجد حقا كحق الملكية — الذى تنأى به طبيعته المالية عن أن يكون فى عداد حقوق الشخصية — فى طليعة حقوق الانسان التى عنيت اعلاناتها الرسمية منذ البداية بابراره كحق من الحقوق الطبيعية المقدسة للانسان ، لاعتباره لازما لوجود الفرد لزوما يستوجب حمايته من اعتداء الدولة وتقييدها بوجوب احترامه « ٢ » .

---

(١) Mazeaud, op. cit., t. I, No. 626.

(٢) Mazeaud, ibid.

وانظر كذلك فى ضرورة التمييز بين « حقوق الانسان » و « حقوق الشخصية » :

Marty et Raynaud, op. cit., No. 145.



ومهما يكن من أمر التطابق أو الاختلاف بين حقوق الانسان أو الحقوق العامة وبين حقوق الشخصية بالمعنى الذى أوضحناه ، فإن الأولى تدخل دراستها تفصيلا فى دراسة القانون العام والقانون الدستورى بوجه خاص حينما يعنى بيان قيود وحدود السلطات العامة فى الدولة بما يثبت للأفراد من حريات وحقوق طبيعية مقدسة . ولذلك سوف تقتصر فى هذا المقام على بحث « حقوق الشخصية » بالمدلول الذى حددناه كحقوق واردة على مقومات الشخصية وعناصرها ، وبقصد تأكيدها وحمايتها أساسا من اعتداء الأفراد أو الأشخاص الآخرين لا من اعتداء الدولة .

**تعداد حقوق الشخصية :** اذا كان جمهور الفقهاء يعترف بحقوق الشخصية كطائفة مستقلة من الحقوق ، الا أن الاتفاق ليس سائدا بينهم حول قائمة هذه الحقوق أو تعدادها . فثم حقوق الأسرة التى تثبت لبعض أعضاء الأسرة قبل بعض كحق الأب فى الولاية على أبنائه وحق الأب أو الأم فى حضانة الصغار وحق الزوج فى طاعة زوجته أو فى طلاقها ، يقع الاختلاف حول اعتبارها أو عدم اعتبارها من حقوق الشخصية . ولكن اذا أطرحنا مثل هذا الاختلاف جانبا ، نجد الاتفاق قائما بين جمهور الفقهاء على رد حقوق الشخصية بمعناها الدقيق الى فرعين أوليين يعكسان وجهى الشخصية وما ترتكز عليه من مقومات مادية ومعنوية على السواء ، وإلى فرع ثالث يتعلق بنشاط الشخصية ذاتها وما يستوجبها من حماية .

(١) **الحقوق الواردة على المقومات المادية للشخصية :** نجد فى طليعة هذه الحقوق **الحق فى الحياة** ( droit à la vie ) ، **والحق فى السلامة البدنية أو الجسمية** ( droit à l'intégrité physique ) .

فلكل شخص حق يرد على جسمه يخول له حماية هذا الجسم بأعضائه المختلفة من أى اعتداء يقع عليه . ومقتضى هذا الحق امتناع كل شخص عن المساس أو الاعتداء على جسم غيره بضرب أو جرح . ولذلك فالأصل أن الجراح يمتنع عليه اجراء جراحة طيبة للمريض الا بعد الحصول على



موافقته «١» ، وأن الشخص لا يمكن إجباره على الخضوع لتجارب أو تحاليل طبية أو علمية لا يأذن بها . غير أن هذا الأصل ليس بالمطلق ، ففي الأحوال التي يستحيل فيها الحصول على اذن المريض أو أقربائه القريبين ويكون الاقدام على جراحته أمرا ضروريا وعاجلا ولا يحتمل التأخير ، يبدو أن للطبيب الاقدام على الجراحة رغم تخلف اذن صاحب الشأن «٢» . وقد ترغم القوانين واللوائح الأشخاص - في أحوال معينة - على الخضوع لفحوص طبية أو تحاليل معينة ، أو على تحمل تطعيم أو علاج وقائي معين ضد بعض الأمراض أو الأوبئة . بل وقد يتولى القضاء نفسه - في صدد خصومة مطروحة أمامه - اخضاع أحد الخصوم لفحص طبي أو تحليل علمي معين ؛ ولكن يكون لهذا الخصم أن يرفض الخضوع لذلك فيتحمل حينئذ عواقب هذا الرفض ، إذ قد يستخلص القاضي من رفضه - مع انعدام أو قلة مخاطر الفحص أو التحليل المطلوب - قرينة قضائية تعزز دعوى خصمه «٣» .

وإذا كان حق الشخص على جسمه يحميه من اعتداء الغير عليه أو يجنبه تدخل الغير الماس بأعضائه دون رضاه ، فليس معنى ذلك أن للشخص - بمقتضى هذا الحق - سلطة مطلقة على جسمه يتصرف فيه كيف يشاء .

(١)

Mazeaud, op. cit., No. 629. — Marty et Raynaud, op. cit., Nos. 332, et 481.

Mazeaud, op. cit., No. 629, p. 631. (٢)

(٣) بل ويذهب المشروع التمهيدى لتنقيح التقنين المدنى الفرنسى الى أبعد من ذلك حين يجوز للقاضى أن يعتبر هذا الرفض بمثابة الدليل على ما كان مقصودا اثباته من وراء الفحص أو التحليل ، إذ تنص المادة ١٥٤ منه على ما يأتى : -

Lorsqu'une personne refuse de se soumettre à une expertise médicale ordonnée en justice sur la demande d'une partie au procès et ne comportant que l'application de méthodes conformes à la science et sans danger sérieux pour le corps humain, le juge peut considérer comme établis les faits que l'expertise avait pour but de constater » (Avant-projet de code civil, 1ère partie, 1955, p. 236. — V. aussi : Travaux de la Commission de réforme du code civil, année 1950-1951, pp. 53-54).



ولذلك تنحو بعض التقنيات الحديثة «١» ، ويؤيدها الفقه في ذلك «٢» ،  
نحو الحد من مثل هذه السلطة المطلقة — كفالة لاحترام الانسان فيما له  
من كيان مادي — بتحريم تصرف الشخص في جسمه أو في جزء منه «٣»  
تصرفا قانونيا حالا منجزا «٤» ، الا اذا كان مثل هذا التصرف لا يضر خطرا  
على حياته أو على استمرار سلامة واكتمال كيانه المادي «٥» . ولذلك يعتبر

---

(١) ينص التقنين المدني الايطالي على تحريم تصرف الشخص في جسمه  
تصرفا يعقب نقصا مستديما في كيانه الجسدي . ( انظر في الاشارة الى ذلك ،  
عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ٣٧ ) .

(٢) عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ٣٨ و ٣٩ . — اسماعيل  
غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٠ و ٢١ .

(٣) واضح ان ما ينفصل عن جسم الانسان من اجزاء أو اعضاء يصح  
التصرف فيه بعد انفصاله ، اذ بالانفصال يصبح العضو أو الجزء محل التصرف  
شيئا داخلا في دائرة التعامل . ( فى هذا المعنى : عبد الحى حجازى ، المرجع  
السابق ، ص ٣٩ و ٤٠ — اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢١ ) .

(٤) وكذلك فليس الشخص مطلق التصرف تصرفا ماديا في جسمه .  
ولذلك تعاقب بعض القوانين على الشروع فى الانتحار . وهى على أى حال  
لا تعفى من العقاب الشخص الذى يقتل آخر بناء على طلبه أو بموافقته  
( انظر : محمد كامل مرسى والسعيد مصطفى السعيد ، المرجع السابق ،  
ص ٤٨٨ — ٤٩١ ) .

(٥) وهذا ما يعنيه المشروع التمهيدى لتنقيح التقنين المدني الفرنسى  
بتحريمه مثل هذا التصرف اذا كان من شأنه المساس اساسا خطيرا ونهائيا  
بسلامة الجسم الانسانى ، اذ تنص المادة ١٥١ منه على ما يأتى :

« L'acte par lequel une personne dispose de tout ou partie de son corps  
est interdit lorsqu'il doit recevoir exécution avant le décès du disposant, s'il  
a pour effet de porter une atteinte grave et définitive à l'intégrité du corps  
humain. Il en est autrement si l'acte est Justifiée par les règles de l'art  
médical ».

وعلى أى حال ، فحتى فى حال صحة مثل هذا التصرف يحسن أن يظل  
للمتصرف الحق فى الرجوع فيه . وهذا ما تنص عليه المادة ١٥٢ من المشروع  
التمهيدى للتقنين المدني الفرنسى بقولها :

« Est toujours révocable l'acte par lequel une personne dispose de tout  
ou partie de son corps, que cet acte doive recevoir exécution du vivant de son  
auteur ou après son décès ».



صحيحاً تصرف الشخص في بعض دمه بالهبة أو البيع «١» .

والأصل أن حق الشخص على جسمه يظل قائماً وثابتاً له طوال حياته بحيث ينقضى بوفاته . ولكن مراعاة الكرامة الإنسانية الواجبة للجسم في حال الحياة وفي حال الموت على السواء ، تجوز الخروج على هذا الأصل باعطاء الشخص الحق في تحديد مصير جثته بعد موته بشرط ألا يخالف هذا التحديد أحكام القوانين واللوائح أو القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب . ففي هذه الحدود ، يملك الشخص أن يوصي بعدم تشريح جثته ، أو يوصي بجثته أو بجزء منها لمعهد أبحاث علمية أو طبية لأجراء تجارب عليها ، أو يوصي بعينه لبنك من بنوك العيون الذي يحتفظ منها برصيد يعين على رد البصر الى فاقديه «٢» .

(٢) الحقوق الواردة على المقومات المعنوية للشخصية : اذا كانت الشخصية تستوى على مقومات مادية هي الكيان أو الجسم المادي للفرد ، فهي تستوى كذلك على مقومات معنوية كالشرف والاعتبار والكرامة والسمعة والمعتقدات والأفكار والمشاعر . فهذه المقومات عناصر أساسية للشخصية لا تقوم بدونها . ولذلك ، فحماية للشخصية ، يرى جمهور الفقهاء وجوب الاعتراف للأفراد على هذه المقومات بحقوق معينة تؤمنهم عليها وتكون سندهم في دفع ما يقع عليها من اعتداء وفي التعويض عن أضراره .

---

(١) في هذا المعنى :

Mazeaud, op. cit., t. I, No. 645, p. 638.

عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ٣٩ . - اسماعيل غانم ،  
المرجع السابق ، ص ٢٠ .

(٢) أنظر في ذلك :

Mazeaud, op. cit., No. 631. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 332.

عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ٤٠ و ٤١ .



فللفرد حق في الشرف ( droit à l'honneur ) « ١ » ، يكفل له الاحترام الواجب للشخصية ولاعتبارها وكرامتها وسمعتها، بحيث يمتنع على الآخرين المساس بشخصيته من نواحى هذا الاعتبار المعنوى ، والا كان للمعتدى على شرفه الحق في المطالبة برفع الاعتداء « ٢ » وبالتعويض عما لحقه من أضرار . بل ان معظم القوانين ترى في الاعتداء على الشرف الشخصى اعتداء على الجماعة نفسها ، ولذلك لا تكتفى بالجزاءات المدنية وحدها بل تأخذ المعتدى كذلك — بشروط معينة — بجزاءات جنائية .

وللفرد كذلك الحق في السرية ( droit au secret ) « ٢ » ، لتظل أسرار حياته الخاصة محجوبة عن العلانية مصونة عن التدخل والاستطلاع، فيمتنع على الغير افشاء أسرار شخص دون اذنه أو موافقته ، وخاصة اذا كان اطلاقه على هذه الأسرار بحكم وظيفته أو مهنته كطبيب أو محام أو بحكم صلته القريبة كزوج ، الا في الأحوال التى يوجب أو يرخص القانون

---

(١) راجع في تفصيل ذلك خاصة :

Nerson, thèse précitée, Nos. 95-109

(٢) وقد يكون الاعتداء على الشرف حاصلًا بالنشر في الصحف ، وحينئذ يكون للمعتدى على شرفه الحق في رفع الاعتداء عن طريق تصحيح الوقائع المنشورة عنه والمسيئة الى سمعته واعتباره والزام الجريدة أو الصحيفة بنشر هذا التصحيح . وهذا الحق المتفرع عن الحق في الشرف هو « حق الرد » ( droit de réponse ) ، اذ هو بمثابة حق الدفاع الشرعى عن الشرف .

( انظر في ذلك خاصة :

Abdel-Maguid Ramadan, Evolution de la législation sur la presse en Egypte, thèse, Paris, 1935, p. 125. — Nerson, thèse précitée, No. 97. — Kira, thèse précitée, pp. 161 et s. ).

(٣) راجع في تفصيل ذلك خاصة :

Nerson, thèse précitée, Nos. 82-94.



فيها بذلك «١». بل ويكفل القانون حماية السرية بالعقاب جنائيا على افشاء أصحاب المهن لما ائتمنوا عليه من أسرار «٢». ويتفرع على الحق في السرية بوجه عام حق الشخص في سرية مراسلاته واتصالاته التليفونية بوجه خاص.

وللفرد كذلك حق في الاسم (droit au nom) ، يكفل له تمييز شخصيته ومنع اختلاطه بغيره من الأفراد ، فيمتنع على غيره انتحال اسمه أو المنازعة فيه (م ٥١ من التقنين المدني المصري) . وسوف نعرض لهذا الحق بالتفصيل من بعد .

وإذا كان للفرد — على ما رأينا — حق على كيانه وجسمه المادى يكفل السلامة المادية لشخصيته ، فإن السلامة المعنوية (L'intégrité morale) للشخصية تقتضى الاعتراف للفرد بحق على الهيئة أو الصورة <sup>٣</sup> (droit à l'image) التى تعكس كيانه المادى وتعتبر مظهر شخصيته . ولذلك فالأصل هو

---

(١) يأخذ تقنين المرافعات المصرى بهذا الحكم . فهو يقرر الأصل من عدم جواز افشاء أسرار المهنة ويحدد أحوال الخروج عليه ، إذ ينص في المادة ٢٠٧ منه على أنه « لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم من طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ، ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ، ما لم يكن ذكرها له مقصودا به فقط ارتكابه جريمة أو جنحة » ؛ وينص في المادة ٢٠٨ على أنه « ومع ذلك يجب على الأشخاص المذكورين في المادة السابقة أن يؤدوا الشهادة عن تلك الواقعة أو المعلومات متى طلب منهم ذلك من أسرارها لهم ، على ألا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بهم » . وهو كذلك يقرر الأصل من عدم جواز افشاء أحد الزوجين أسرار الآخر ويحدد أحوال الخروج عليه ، إذ ينص في المادة ٢٠٩ على أنه « لا يجوز لأحد الزوجين أن يفشى بغير رضاء الآخر ما أبلغه اليه أثناء الزوجية ، ولو بعد انفصالهما ، إلا في حالة رفع دعوى من أحدهما على صاحبه أو إقامة دعوى على أحدهما بسبب جريمة أو جنحة وقعت منه على الآخر » .

(٢) انظر خاصة المادة ٣١٠ من تقنين العقوبات المصرى .

(٣) وهذا ما يبرر إدراج هذا الحق ضمن حقوق الشخصية الواردة على المقومات المعنوية ( انظر : Nerson, thèse — Mazeaud, op. cit., No. 634. — précitée No. 74 ) ، على خلاف ما يراه بعض الفقهاء ( Perreau, article précité, p. 505 ) من اعتباره من حقوق الشخصية الواردة على المقومات المادية .



امتناع عرض أو نشر صورة شخص دون إذن منه «<sup>١</sup>»، إلا « إذا كان نشر الصورة قد تم بمناسبة حوادث وقعت علنا أو كانت تتعلق برجال رسميين أو أشخاص يتمتعون بشهرة عالمية أو سمحت بها السلطات العامة خدمة للصالح العام » ( م ١/٣٦ من قانون حماية حق المؤلف ) «<sup>٢</sup>» .

ومن حقوق الشخصية الواردة على المقومات المعنوية كذلك حق الشخص على ما يتكره من أفكار . فأفكار الشخص هي صنعه وخلقه ، ولذلك تعتبر آثاره الفكرية هي شخصيته نفسها من الناحية الذهنية أو الفكرية، ويكون حقه في أبوتها — وهو ما يعرف باسم الحق المعنوي الذهني أو «**الحق المعنوي للمؤلف**» ( Le droit moral de l'auteur ) — حقا من حقوق الشخصية ، يظل لاصقا بشخصيته لا يفصل عنها حتى ولو تنازل عن احتكار استغلالها ماليا إلى غيره . وهذا الحق المعنوي يخول صاحبه سلطة تقرير نشر أثره الفكري أو عدم نشره ، وحق نسبته إليه وحماية هذه النسبة من ادعاء الغير ، وسلطة تعديله وتغييره ، بل وسلطة محبه من التداول والنشر . وسوف نعرض لهذا الحق بالتفصيل من بعد عندما نتناول الحق الذهني في طبيعته المزدوجة نتيجة جمعه بين حقين متقابلين :

---

(١) وهذا ما يأخذ به المشروع التمهيدي لتنقيح التقنين المدني الفرنسي إذ يخول للشخص الحق في المطالبة بوقف نشر أو عرض أو استعمال صورته دون إذن سابق منه ( م ١/١٦٢ ) . بل ويزيد على ذلك ، في حالة نشر أو عرض أو استعمال صورة شخص متوفى بعد وفاته ، اعطاء الحق لزوجيه وأقربائه المباشرين من الدرجة الأولى في الاعتراض على ذلك إذا كان من شأنه المساس بشرف المتوفى أو اعتباره ( م ٢/١٦٢ ) ؛ ولكن يبدو أن الأمر حينئذ لا يعني « الحق في الصورة » بقدر ما يعني « الحق في الشرف » الذي يظل قائما بعد الوفاة كغالة للذكرى المتوفى ، فيكون هو سند أصحاب حق الاعتراض في دعواهم ، خاصة وقد استبعدت « لجنة التنقيح » إقامة حق الاعتراض على أساس المساس بشرف واعتبار الأسرة نفسها ( أنظر :

Travaux de La Commission de réforme du code civil, 1950-1951, p. 61)

(٢) ولكن حتى في هذه الأحوال تبرز ضرورة حماية شرف الشخص ، ولذلك تمضي المادة فتنص على أنه ( ... لا يجوز ، في الحالة السابقة ، عرض صورة أو تداولها إذا ترتب على ذلك مساس بشرف الشخص الذي تمثله أو بسمعته أو بوقاره ) .



حق مالى كبقية الحقوق المالية ، وهذا الحق المعنوى اللصيق بالشخصية .  
(٣) **الحقوق المتعلقة بحرية نشاط الشخصية :** لا بد للشخصية ، حتى تنشط وتؤدي دورها فى الحياة ، من حرية القيام بأعمال معينة أو الامتناع عن القيام بها . ولذلك تجب حماية الشخصية فيما يتعلق بهذا النشاط عن طريق كفالة الحريات العديدة اللازمة لذلك ؛ مثل حرية التنقل والذهاب والمجيء ، وحرية التفكير ، وحرية اختيار العمل ، وحرية التجارة ، وحرية التعاقد ، وحرية الزواج وما الى ذلك . . . فلأفراد حق فى هذه الحريات العديدة وأمثالها ، نظرا للزومها للشخصية من حيث تأمين وظيفتها ونشاطها ؛ واعتداء الغير على هذا الحق بالتدخل فى هذه الحريات ، يخول للمعتدى عليه المطالبة برفعه ووقفه والتعويض عن أضراره .

#### ٢٤٢ - تحديد نطاق حقوق الشخصية

تلك هى حقوق الشخصية ونطاقها فى التصوير السائد فى الفقه الحديث لها . غير أن هذا التصوير محل نظر من أكثر من ناحية كما سنرى . وهو يؤدي كذلك الى توسيع نطاق هذه الطائفة من الحقوق توسعة مصطنعة ، ليس من مبرر لها الا مجرد التجوز فى التعبير والترخيص فى اغداق اصطلاح « الحق » دون تمييز أو تثبت من توافر مدلوله الدقيق . ويكشف عن أمر هذه التوسعة المصطنعة لنطاق هذه الطائفة من الحقوق أن هذه الحقوق ما تزال - حتى فى نظر الفقهاء الداعين لها - مفتقرة الى كثير من التحديد والتماسك .

وقد أحسن المشرع المصرى بالاحجام عن مسابقة الفقهاء المحدثين فى تعديد ما يعتبرونه من حقوق الشخصية مكتفيا بالإشارة الى حمايتها بصفة عامة « ١ » بنصه على أن « لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع فى حق من

---

(١) وهذه الحماية يؤكد لها كذلك بصفة خاصة فى صدد حق من حقوق الشخصية هو حق الاسم ، بنصه على أن « لكل من نازعه الغير فى استعمال اسمه بلا مبرر ، ومن انتحل الغير اسمه دون حق ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض مما يكون قد لحقه من ضرر » .



الحقوق الملازمة لشخصيته ، أن يطلب وقف الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » ( م ٥٠ مدنى ) . وهذا المسلك هو الذى تسلكه كذلك بعض القوانين الحديثة كالقانون السويسرى «<sup>١</sup>» .

والواقع أننا اذا أمعنا النظر فى قائمة الحقوق التى يقدمها الفقهاء لطائفة حقوق الشخصية ، لم نجد منها ما يصدق عليه وصف الحق بالمعنى الدقيق الا العدد القليل . فاذا أطرحنا جانبا حقوق الأسرة - وهى حقوق بالمعنى الصحيح «<sup>٢</sup>» - أمام الاختلاف على ردها الى حقوق الشخصية ، لم

(١) ومع ذلك ينهج المشروع التمهيدى لتنقيح التقنين المدنى الفرنسى نهج الفقه السائد فى تفصيل حقوق الشخصية وآثارها وحمايتها ، ويجعل لها مكان الصدارة فى كتابه الاول .

(٢) ومع ذلك، فيذهب بعض الفقهاء (H. Capitant, Sur l'abus des droits, Revue trimestrielle de droit civil, 1928, pp. 372, 373.) الى انكار وصف الحق على طائفة حقوق الأسرة، بدعوى أن ماتخوله هذه الحقوق من سلطات لا يعطى لصالح من تسند اليه وانما لصالح من يخضع لها من الأشخاص ، كسلطة الأب فى الولاية تخول له - لا لصالحه - وانما لصالح أولاده .

وواضح أن مثل هذا الانكار انما يقوم على أساس أخذ الحق على أنه مصلحة فى جوهره والقول بالتبعية بتخلف المصلحة الشخصية لأصحاب حقوق الأسرة ، وقد سبق لنا انتقاد ورفض تصوير جوهر الحق على هذا النحو ( راجع سابقا ، فقرة ٢٣٧ ) . ولكن - حتى بافتراض صحة هذا التصوير وفى حدوده - يكون لأصحاب حقوق الأسرة دائما مصلحة شخصية فيما تخولهم من سلطات الى جانب مصلحة الخاضعين لهذه السلطات . فالسلطة الأبوية اذا كانت مخولة للأب لتحقيق مصلحة الأولاد ، فان للأب كذلك مصلحة جدية لا تنكر فى استئثاره وحده بهذه السلطات على أولاده واسبعاد كل مزاحمة له من قبل الغير فيها . وليس فى وقوع واجبات على عاتق أصحاب حقوق الأسرة مقابلة لما يتمتعون به من سلطات ماينفى صفه الحق عن هذه الحقوق او السلطات ، فان وجود مثل هذه الواجبات أمر طبيعى ما دام أصحاب هذه الحقوق - نظرا لمركزهم فى الأسرة - يؤدون وظيفة معينة بالنسبة الى بعض أعضاء الأسرة الآخرين ، فتكون الحقوق المخولة لهم اذن - بما تعطيهم من سلطات - بمثابة الوسيلة اللازمة لتمكينهم من



يبقى من حقوق الشخصية الا طائفتان كبيرتان : طائفة أولى تضم الحقوق الواردة على مقومات الشخصية ، مادية كانت هذه المقومات أو معنوية . والطائفة الأخرى تشمل الحقوق المتعلقة بحرية نشاط الشخصية .

أما فيما يتعلق بالطائفة الأخيرة وهي طائفة الحقوق المتعلقة بحرية نشاط الشخصية، فهذه هي الحريات أو الرخص العامة التي تثبت للناس كافة دون أن يختص بها بعض منهم على سبيل الاستثارة والافتراء . وقد سبق أن أشرنا الى أن مثل هذه الحريات أو الرخص العامة تفتقد مقومات الحقوق بالمعنى الدقيق «<sup>١</sup>» . فتسميتها بالحقوق اذن واعتبارها بالتبعية من حقوق الشخصية ، ليس الا من باب التجوز في التعبير .

وأما الطائفة الأولى وهي طائفة الحقوق الواردة على المقومات المادية والمعنوية للشخصية ، فلا نجد من بينها ما يصدق عليه وصف الحق بالمعنى الدقيق الا عدد محدود محدود . ذلك أن الحق يفترض شخصا يكون صاحبه ومحلا يقع عليه ، وبديهي أن يكون المحل منفصلا عن الشخص أو الصاحب ، اذ لا يتصور أن يكون الشخص صاحبا للحق ومحلا له في نفس الوقت ؛ وأكثر حقوق هذه الطائفة يرد على الشخص ذاته لا على محل

---

أداء هذه الوظيفة . فالأب يثبت له حق الولاية على أولاده ليتمكن — بما يخوله من سلطات — من أداء وظيفته أو واجبه قبلهم من الاطعام والحماية والتعليم والتربية والتهيئة للحياة .

انظر في اثبات وصف الحق لحقوق الأسرة وانتقاد انكاره :

Dabin, op. cit., pp. 226-228, 230, 231. — Ionescu, thèse précitée. No. 104—

Kira, thèse précitée, pp. 114, 115.

وانظر خاصة في اثبات وصف الحق بصفة عامة للحقوق الوظيفية

Dabin, op. cit., pp. 229-236. : (droits-fonction)

(١) راجع سابقا ، ص ٥٦٤ وما بعدها .

وانظر كذلك في هذا المعنى :

Capitant, article précitée, pp. 371-374.

H. Kira, thèse précitée, pp. 93-105.



خارجي عنه «١» ، ولذلك لا يحل اعتبارها من قبيل الحقوق . أما حيث يوجد من مقومات الشخصية ماله كيان خارجي قائم بذاته متميز عن كيان الشخص ، فلا حرج حينئذ من اعتبار المكنات والسلطات المخولة للفرد عليه من قبيل الحقوق . ولذلك ينبغي اعتبار الحق في الاسم حقا بالمعنى الصحيح ، لأنه يرد على شيء له كيان خارجي قائم بذاته رغم اتصاله الوثيق بالشخص . وكذلك الحق المعنوي للمؤلف يعتبر حقا بالمعنى الصحيح ، لأنه يرد على أثر فكري قد أصبح له كيان مستقل منذ أن خرج عن شخص مبتكره بالتعبير ، وإن كانت الصلة بينهما تظل قائمة ووثيقة .

وليس معنى انكارنا صفة الحقوق على الكثرة الغالبة مما يسميه جمهور الفقهاء بحقوق الشخصية ، أننا نذر القيم والمصالح التي تمثلها دون حماية كما يظن البعض «٢» . فليس ينكر أحد ضرورة حماية مصلحة الفرد في سلامة جسمه أو شرفه وسمعته أو سرية حياته ومراسلاته أو حرية نشاطه ، وإنما ليس بحتم أن تكون وسيلة الحماية هي اصطناع حق يفقد

(١) في هذا المعنى :

H. Kira, thèse précitée, p. 91.

وانظر كذلك في امتناع اعتبار مكنات الإنسان الطبيعية اللازمة له محلا للحق واقتصار المحل على مظاهر هذه المكنات في العالم الخارجي :

Nerson, thèse précitée, No. 171.

وإذا كان أكثر حقوق هذه الطائفة نعتبره واردا على الشخص ذاته وهو صاحبها لا على محل خارجي عنه ونرفض لذلك اعتبارها حقوقا بالمعنى الدقيق ، فلا يفلح في دفع هذا الاعتبار ما يذهب إليه البعض (E. Picard I, droit pur, § 37, 41, 42) من التفرقة بين « النفس » (Le Moi) كصاحب للحق وبين « غلاف النفس » (L'enveloppe de Moi) كمحل للحق ، أو ما يذهب إليه بعض آخر (Dabin, op. cit., p. 169) من التفرقة بين « الشخص » كصاحب الحق وبين « مقومات أو عناصر الشخصية » كمحل الحق . فكل هذه التبريرات التي لا يخفى اصطناعها أمام استحالة الفصل بين النفس وغلافها أو بين الشخص ومقوماته وعناصره ، إنما تستر حقيقة الواقع من أن هذه الحقوق حقوق وهمية لاتحاد صاحب والمحل فيها .

(٢) Mazeaud, op. cit., t. I, No. 653



مقومات الحقوق . فالحماية مكفولة ميسورة بوسائل أخرى توافق الواقع ولا تناقضه مثل هذه المناقضة الظاهرة ، اذ في فكرة المسؤولية غناء عن غناء التحايل على اصطناع وتأصيل مثل هذه الحقوق المزعومة .

والواقع أن الكثرة الغالبة من حقوق الشخصية التي ننكر عليها وصف الحق بالمعنى الدقيق لا وجود لها قبل وقوع اعتداء عليها . فطالما لم يقع اعتداء على الجسم أو الشرف أو السمعة أو السرية أو الحرية ، لا يوجد بعد حق في سلامة الجسم أو في الشرف أو في السرية أو في الحرية . وانما ينشأ — بعد الاعتداء على هذه القيم والمصالح — حق للمعتدى عليه في حمايتها واصلاح أضرار الاعتداء عليها ؛ وهذا الحق انما مصدره فعل الاعتداء غير المشروع ومسئولية المعتدى عن خطئه المتمثل في هذا الاعتداء «١» . ذلك أن الرابطة القانونية — وهي قوام الحق كما رأينا — لاتنشأ قبل هذا الاعتداء «٢» ، لأنه ليس للشخص تسلط على نفسه كما يتسلط على الأشياء ، أو حق بعد في اقتضاء أداء معين من شخص معين من الأشخاص «٣» . فكان هذه الحقوق المزعومة اذن في سلامة الجسم أو الشرف أو السرية أو الحرية ليست الا حقوقا في اصلاح أو تعويض الضرر الواقع

---

(١) في هذا المعنى :

Nerson, thèse précitée, No. 174. — Roubier, préface à la thèse précitée de M. Nerson. — Kira, thèse précitée, pp. 91, 92.

(٢) في هذا المعنى :

Kira, thèse précitée, pp. 115, 116.

(٣) وليس صحيحا القول بأن للشخص حقا في اقتضاء امتناع الكافة عن الاعتداء على سلامة جسمه أو شرفه أو سره أو حرите ، اذ لا يقع على الكافة — كما سنرى — التزام بالمعنى الدقيق حتى يقابله حق واقتضاء صحيح .



على الشخص في مقوماته المادية أو المعنوية أو في حرياته « ١ » .

فحماية مقومات وحرية نشاط الشخصية انما تغنى في شأنه اذن فكرة المسؤولية عن اصطناع حقوق وهمة كالجانب الأكبر مما يسميه جمهور انتهاء بحقوق الشخصية . ولعل الذى حدا بالجمهور الى مجاوزة الواقع وسلوك طريق التحايل والاصطناع هو ما كان شائعا في الفقه التقليدى من بناء المسؤولية على أسس غير سليمة . فقد كان الشائع فيه أن قيام المسؤولية يفترض المساس بحق من الحقوق، ومن هنا يفهم وجه الحاجة الى اختراع هذه الكثرة من حقوق الشخصية توصلا الى تيسير تحقيق المسؤولية وحماية لمقومات وحرية نشاط الشخصية « ٢ » . أما وقد عدل الفقه الحديث اليوم عن مثل هذا التصوير بحيث أصبح توافر المسؤولية غير مرتين بوجود حق سابق يخرق أو يمس « ٣ » طالما توجد مصلحة مشروعة ينجم عن المساس بها ضرر محقق « ٤ » ، فلم تبق حاجة بعد الى استبقاء ما اصطنع من حقوق الشخصية ، خاصة وأن القيم والمصالح التى تتصدى هذه الحقوق المزعومة لتمثيلها تظل مكفولة الحماية دون احتياج الى التحايل على اعطائها وصف الحقوق .

(١) وهذا ما حدا ببعض الفقهاء الى القول بأنه لا يوجد حينئذ « حق محدد » ( droit déterminateur ) تكفله دعوى من الدعاوى ، وانما توجد مجرد دعوى لا تستند الى حق سابق يصح تسميتها في ذاتها بالحق الجزائى ( droit sanctionnateur ) .

انظر في تفصيل ذلك :

Nerson, thèse précitée, Nos. 162, 174, 178.

(٢) فى هذا المعنى :

Kira, thèse précitée, note (1), pp. 102, 103.

(٣) فى هذا المعنى :

Nerson, thèse précitée, No. 163 — Roubier, préface à la thèse de M. Nerson.

H. et L. Mazeaud, Traité théorique et pratique de la responsabilité (٤) civile délictuelle et contracutelle, t. I., 4e éd., Nos. 275, 276, 291.



نخلص من كل ذلك الى أن الكثرة الغالبة مما يجرى جمهور الفقهاء على اعتباره من حقوق الشخصية لا تتوافر لها مقومات الحقوق ، وأن اعتبارها من قبيل الحقوق وتسميتها كذلك ليس الا من قبيل التجوز في التعبير . أما القلة الضئيلة من طائفة حقوق الشخصية كما يعدها الفقهاء ، فهي وحدها التي يصدق اعتبارها وتسميتها باسم الحقوق ، بحيث يكون لجمعها - بين أنواع الحق - في طائفة مستقلة تعرف باسم « حقوق الشخصية » ما يبرره من تميزها بخصائص ذاتية لا تشاركها فيها بقية طوائف الحقوق .

### ٣٤٣ - خصائص حقوق الشخصية (١)

من الواضح أن حقوق الشخصية حقوق لا تنفك ملازمة ولصيقة بالشخص ، وهو ما يستتبع اثباتها لصاحب معين لا تغيره (٢) ، بحيث تنقضى بموته وانقضاء شخصيته فلا تنتقل من بعد موته باليراث الى ورثته . وهذه الحقوق - نظرا لالتصاقها بالشخصية - تكتسب نفس صفاتها ، فتكون حقوقا غير مالية أى لا تقوم بمال . وبذلك تعتبر هذه الحقوق خارجة عن دائرة التعامل ، فتكون غير قابلة للتصرف فيها أو الحجز عليها ، وتكون غير قابلة للسقوط أو الاكتساب بالتقادم . وعلى ذلك ، فالاسم ان كان القانون يثبت في حياة الأب لأولاده ، فهو لا ينتقل الى الورثة بوفاته ؛ وهو كذلك لا يقبل التصرف أو التنازل ولا يسقط مهما طالت مدة اهماله وعدم استعماله . والحق المعنوي للمؤلف يظل له وحده حتى ولو تنازل عن احتكار استغلاله ، وكل تصرف منه فيه يستتبع بطلانه (٣) .

(١) راجع في تفصيل ذلك خاصة :

Nerson, thèse précitée, Nos. 180-208.

Mazeaud, Leçons de droit civil, t. I, No. 643 (٢)

(٣) المادة ٣٨ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بحماية حق المؤلف .



ولكن لا تجب المبالغة في مدى هذه الخصائص ، فهي ليست على النحو من الاطلاق الذي قد يظن بها .

فحقوق الشخصية ، ان كانت حقوقا غير مالية ، الا أنها قد تستتبع آثارا مالية ، اذ أن الاعتداء عليها يولد لأصحابها حقا ماليا في التعويض ؛ وهذا ما تقرره المادة ٥٠ من التقنين المدني بقولها « لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » . ولذلك يكون لكل من انتحل الغير اسمه دون حق أو نازعه في استعماله بلا مبرر أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر ( م ٥١ مدني ) . ويكون للمؤلف أن يطالب بوقف تدخل الغير أو اعتدائه على ما يخوله له حقه المعنوي من سلطات معينة على مصنفه أو أثره الفكري ، وبالتعويض عما يلحقه به هذا التدخل أو الاعتداء من ضرر .

ويبدو من ذلك أن الاعتراف بوصف الحق بالمعنى الدقيق لبعض حقوق الشخصية كما في هذه الحالات ، يخول صاحبه - فضلا عن المطالبة بالتعويض وفقا لقواعد المسؤولية حيث تتوافر شرائطها من الخطأ والضرر وعلاقة السببية - المطالبة كذلك بوقف الاعتداء على حقه دون توقف على اثبات ترتب ضرر على هذا الاعتداء . ولا يجب أن يفهم من ذلك أن صاحب الحق يملك مثل هذه المطالبة دون مصلحة له فيها ، فلكل صاحب حق - والحق اختصاص واستثثار - مصلحة - ولو معنوية - قائمة دائما وظاهرة في منع الغير من مشاركته في سلطات حقه أو التدخل فيها أو الاعتداء عليها ، وخاصة اذا كان الحق من حقوق الشخصية أو لصيقا بها . ولذلك فحيث يعتدى على حق من الحقوق - وخاصة اذا كان من حقوق الشخصية - فإن الاعتداء يتضمن في ذاته حتما معنى الضرر دون حاجة الى اثباته ، ويولد المصلحة



لصاحب الحق في المطالبة برد الاعتداء وإيقافه «١» .

وكذلك اذا كان الأصل أن حقوق الشخصية غير قابلة للتعامل أو التصرف ، ألا أنه خروجاً على ذلك يمكن تجويز وتصحيح بعض الاتفاقات في شأن هذه الحقوق ما دامت مبنية على اعتبارات جدية ومحقة لأغراض نافعة دون مخالفة للقانون أو النظام العام والآداب . ومن قبيل ما يعتبر صحيحاً من هذه الاتفاقات : ترخيص الشخص في استعمال الغير لاسمه كاسم مستعار أدبي ، أو اذن الشخص لكاتب أو روائي في اطلاق اسمه على بعض أشخاص رواياته أو مسرحياته ، أو اذن الشخص في استعمال اسمه كاسم تجاري ، أو ترخيص فنان مشهور في اعطاء بعض المنتجات الصناعية اسمه على سبيل الدعاية والاعلان «٢» . وكذلك يعتبر صحيحاً في فرنسا - حيث تسمى الزوجة بلقب زوجها - ترخيص الزوج بعد الطلاق لزوجته السابقة في الاستمرار في التسمية بلقبه واستعماله «٣» .

واذا كانت حقوق الشخصية غير قابلة في الأصل كذلك للاكتساب أو السقوط بالتقادم ، فقد يكون لمضي المدة - استثناء - شأن في تأكيد اكتساب بعض هذه الحقوق وحمايتها . ومن قبيل ذلك أن القضاء الفرنسي يدخل في اعتباره استطالة استعمال اسم أدبي مستعار مدة طويلة لتأكيد وحماية صاحبه في استعماله ، بحيث لا يحل لشخص يطابق اسمه الحقيقي هذا الاسم المستعار المطالبة بتحريم استعماله على صاحبه بعد امتداد

---

(١) قرب من ذلك :

Nerson, thèse précitée, No. 14; No. 174, pp. 369, 370.

(٢)

Nerson, thèse précitée, No. 185, pp. 401, 402. — Perreau, article précité, p. 518

Marty et Raynaud, op. cit., t. I. No. 956, p. 1180 (٣)



استعماله له هذه المدة الطويلة «١» .

وإذا كانت حقوق الشخصية لا تنتقل بالوفاة الى الورثة ، فاستثناء  
من ذلك يخلف ورثة المؤلف مورثهم في بعض سلطات حقه المعنوى ،  
كفالة لذكراه وحماية لآثاره «٢» .

---

(١) Mazeaud, op. cit. t. I, Nos. 558, 564 et pp. 551, 552

(٢) Nerson, thèse précitée, No.200 — Mazeaud, op. cit. t. I, No. 669.



## المبحث الثاني

### الحقوق العينية والحقوق الشخصية او حقوق الدائنية \*

#### ٣٤٤ - تمهيد

إذا كانت حقوق الشخصية التي فرغنا من عرضها حقوقا غير مالية ، فالى جوارها توجد حقوق مالية خالصة تضم الحق العيني والحق الشخصى أو حق الدائنية . وقد آثرنا دراسة الحقين معا فى مبحث واحد ، نظرا لأن أمر التفرقة بينهما كان محلا كبيرا لجدل الفقهاء . فنعرض لكل من هذين الحقين على التوالى ، ثم نعرض لمناقشة أساس التفرقة بينهما ووجوبها بما يتفرغ عليها من آثار .

#### \* المراجع :

Rigaud, Le droit réel, thèse, Toulouse, 1912. — Derruppée, La nature Juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance, thèse Toulouse, 1952. — Ionescu, thèse précitée, Nos. 97, 98, 111, 131. — Kira, thèse précitée, pp. 93-105.

Capitant (René), Sur la nature des droits réels, Etudes Sugiyama pp. 29-37. — Chauveau, Classification nouvelle des droits réels et personnels, Revue de législation et de Jurisprudence, 1931, pp. 539-612.

Beudant et Voirin, Cours de droit civil français, 2e éd., t. IV, Les biens No. 49-83. — Bonnecase, Supplément au Traité théorique et pratique du droit civil par Baudry — Lacantinerie, t. V, Nos. 1-108. — Dabin, op. cit., pp. 177 et s. — Planiol, Ripert et Picard, Traité pratique de droit civil français, 2e éd., t. III, Les biens, Nos. 36-49. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 654-670 — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 302-307. — Mazeaud, op. cit. t. I, Nos. 159-169.

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ٣ . شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فقرة ٢٣ - ٣٤ ، النظرية العامة للحق العيني ، فقرات ٨ - ١٦ .  
- عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ٥٠ - ٧٨ . - محمد على عرفه ، شرح القانون المدنى الجديد فى حق الملكية ، ج ١ ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٤ ، فقرات ٢ - ٧ . - محمد سامى مذكور ، المرجع السابق ، ص ١٣ - ٢٩ .  
- اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٦ - ٤٨ . - جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، ص ٣٦ - ٥٢ .



## المطلب الأول

### الحق العيني

Le droit réel

#### ٢٤٥ - تعريف الحق العيني

التعريف السائد في الفقه منذ قديم للحق العيني ، هو أنه حق يخول صاحبه سلطات قانونية مباشرة على شيء مادي <sup>(١)</sup> ، بحيث توجد صلة مباشرة بين الشيء وصاحب الحق ، فلا يحتاج في سبيل اعمال حقه والتمتع بسلطاته على الشيء الى تدخل من جانب شخصي آخر . فقوام الحق العيني اذن وجود صلة مباشرة بين صاحب الحق وبين محله ، وهذه الصلة المباشرة أمر طبيعي ما دام المحل شيئاً لا ارادة له بحيث يخضع لارادات الأفراد وتسلفهم دون اختيار . ولذلك سبق أن أشرنا الى أن الحق العيني يفترض وجود « رابطة تسلط » لا « رابطة اقتضاء » لأن صاحب الحق لا يتصور أن يطالب الشيء بعمل أو يقتضي منه أداء ، وانما هو يخضعه مباشرة لسلطانه وتصرفه . فالمالك مثلاً صاحب عيني ، لأن له سلطاناً قانونياً مباشراً على الشيء المملوك يجعله رهن ارادته فيما يشاء من استعماله أو استغلاله أو التصرف فيه .

واذا كانت الحقوق العينية تشترك كلها في تخويل أصحابها سلطات مباشرة على شيء مادي ، فانها تنقسم — رغم ذلك — الى نوعين كبيرين : « الحقوق الأصلية » ( Les droits réels principaux ) و « الحقوق العينية التبعية » ( Les droits réels accessoires ) . ولا يجب أن يفهم من وصف الأولى بالأصلية والثانية بالتبعية ، أن الثانية تتبع الأولى وترتكز عليها . وانما تعتبر الثانية تبعية لأنها تتبع حقاً من الحقوق الشخصية أو حقوق

---

(١) ولذلك سنرى أن الحق الذهني ليس حقاً عينياً ، لأنه حق يرد على شيء غير مادي ( انظر لاحقاً ، المبحث الثالث من هذا الفصل ) .



الدائنية وتستند في وجودها اليه ، بقصد ضمان الوفاء به وتأمين اقتضاء صاحبه له . ولذلك فاذا وصفت الأولى بأنها أصلية ، فما ذلك الا لتفرقتها عن هذه الثانية التبعية ، وللدلالة على أنها تقوم بنفسها استقلالاً دون استناد الى أى حق آخر وعلى أنها مقصودة لذاتها لا لضمان الوفاء بمثل هذا الحق .

#### ٢٤٦ - الحقوق العينية الأصلية

قلنا ان الحقوق العينية الأصلية هي تلك الحقوق العينية المستقلة التى لا تتبع حقاً آخر أو تستند في وجودها اليه ، وانما توجد لأنها مقصودة لذاتها بما تعطيه لأصحابها من سلطات الاستحصال على المزايا والمنافع المالية للأشياء المادية . وقد عرض التقنين المدنى المصرى لتعداد الحقوق العينية الأصلية وأحكامها وطرق اكتسابها فى الكتاب الثالث من القسم الثانى منه .

واذا كانت الحقوق العينية الأصلية تمكن أصحابها من الاستحصال على مزايا ومنافع الأشياء المادية ، فإن ما تخوله من سلطات لا يجاوز اذن سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف . غير أن هذه الحقوق تتنوع تبعاً لاختلاف مضمونها باتساع أو ضيق ماتخوله من هذه السلطات الثلاث . فحيث تتجمع هذه السلطات معا فى يد صاحب الحق يسمى الحق حق الملكية . وحيث تتجزأ وتتوزع هذه السلطات ، تنفرع عن حق الملكية حقوق أخرى تعتبر اقتطاعاً منه . ولذلك يعتبر حق الملكية هو الحق الرئيسى فى طائفة الحقوق العينية الأصلية ، بينما تعتبر بقية الحقوق العينية الأصلية الأخرى بالنسبة اليه مجرد حقوق فرعية .

وقد عدد التقنين المدنى الحقوق العينية الأصلية ، فذكر فى طليعتها حق الملكية ، وحدد الحقوق المتفرعة عنه بحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق الحكر وحق الارتفاق . فنعرض بإيجاز لكل من هذه الحقوق على التوالى .



(١) **حق الملكية** ( Le droit de propriété ) « ١ » : أقوى الحقوق العينية الأصلية وأوسعها مضمونا وسلطات هو « حق الملكية » ، اذ هو يخول لصاحبه كل السلطات المتصورة على شيء مادي من استعمال واستغلال وتصرف . وبذلك تقضى المادة ٨٠٢ من التقنين المدني بقولها « لمالك الشيء وحده ، في حدود القانون ، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه » .

فلمالك الشيء استعماله أى استخدامه فيما هو قابل أو صالح له من أوجه الاستخدام . وله كذلك استغلاله أى الحصول على ما يتولد أو ينتج عنه من ثمار ، والمقصود بالثمار ما يتولد عن الشيء دوريا من فوائد أو منافع تكون بمثابة الدخل أو الربح المنتظم الناتج عن توظيف الشيء أو استثماره دون المساس بجوهره أو الانتقاص من مادته ، ومن أمثلتها الكلا وتناج الماشية وصوف الأغنام وتعرف باسم « الثمار الطبيعية » ، والمحصولات الزراعية وتعرف باسم « الثمار الصناعية أو المستحدثة » لتدخل الانسان بعمله في توليدها واستخراجها ، وأجرة المبانى والأراضى الزراعية وفوائد السندات وأرباح الأسهم وتعرف باسم « الثمار المدنية » وللمالك - فضلا عن ذلك - التصرف فى الشيء ، أى التسلط على رقبة الشيء أو على كيانه ووجوده ، بحيث يملك دون غيره التحكم فى مصيره واستنفاد سلطاته عليه استنفادا كليا أو جزئيا ، وتصرفه فى الشيء اما أن يكون ماديا بافناؤه والقضاء على مادته أو بتغييره تغييرا جوهريا يقلب وظيفته والغرض منه ، واما أن يكون قانونيا بالتنازل عن ملكيته الى الغير أو بتقرير حق عيني أصلى آخر أو حق عيني تبعى للغير عليه .

(٢) **حق الانتفاع** ( Le droit d'usufruit ) : هو حق يخول للمنتفع سلطة استعمال واستغلال ملك غيره دون التصرف فيه، اذ تظل سلطة التصرف باقية فى يد المالك لأنه مازال - رغم تقريره حق انتفاع الغير من ملكه -

---

(١) انظر فى ذلك : كتابنا « الحقوق العينية الأصلية » فقرة ٥٢ وما بعدها.



محتفظا بملكية الرقبة (La nue-propriété) . فللمنتفع اذن استعمال الشيء باستخدامه فيما أعد له ( م ١/٩٨٨ مدنى ) ، وله كذلك استغلاله بالحصول على ثماره ( م ٩٨٧ مدنى ) التى تتولد عنه دوريا دون المساس بجوهره . وعلى المنتفع — طوال انتفاعه — أن يبذل من العناية فى حفظ الشيء ما يبذله الشخص المعتاد ( م ١/٩٩٠ ) ، وأن يرده عند انتهاء حق الانتفاع .

وحق الانتفاع — على خلاف حق الملكية — حق مؤقت ينتهى بانقضاء الأجل المعين ، فان لم يعين له أجل عد مقررًا لحياة المنتفع ، وهو ينتهى على أى حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين ( م ١/٩٩٣ مدنى ) .

(٣) **حق الاستعمال (Le droit d'usage) وحق السكنى (Le droit d'habitation) :** يقتصر حق الاستعمال — كما يدل اسمه — على تخويل صاحبه سلطة استعمال شيء مملوك لغيره ، فهو يختلف اذن عن حق الانتفاع فى أنه لا يخول لصاحبه كذلك سلطة استغلاله . وإذا كان محل حق الاستعمال عينا معدة للسكنى سمي حينئذ « حق السكنى » ، واقتصر على تخويل صاحبه مجرد سكنى هذه العين دون بقية أوجه استعمالها الأخرى ، ودون استغلالها من باب أولى بالتأجير مثلا الى الغير .

ويتحدد فى الأصل نطاق حق الاستعمال وحق السكنى بمقدار ما يحتاج اليه صاحب الحق هو وأسرته الخاصة أنفسهم ( م ٩٩٦ مدنى ) . ولا يجوز النزول للغير عن أى منهما الا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى ( م ٩٩٧ مدنى ) . وكلا الحقين — كحق الانتفاع — حق مؤقت ينتهى بانقضاء الأجل المعين أو حتى قبل انقضائه فى حال موت صاحبه .

(٣) **حق العكر :** يتقرر هذا الحق — وهو مأخوذ عن أحكام الشريعة الاسلامية — على الأرض الموقوفة «أ» ، ويخول لصاحبه — ويسمى



المحتكر — استعمالها بالفراش فيها أو البناء عليها • وهو يملك ما يحدثه فيها من بناء أو فراش أو غيره ملكا تاما • وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترنا بحق الحكر ( م ١٠٠٢ ) •

ولا يجوز التحكير الا لضرورة أو مصلحة ، بأن تكون الأرض خربة تحتاج الى التعمير أو الاصلاح ولا يكفي ريعها للقيام به فيكون التحكير وسيلة الى تحقيقه • ويجب اذن المحكمة الابتدائية به ، وصدوره في صورة عقد على يد رئيس المحكمة أو من يحيل عليه من القضاة أو الموثقين ، ويجب شهره وفقا لأحكام قانون تنظيم الشهر العقاري ( م ١٠٠٠ مدني ) •

ولما كان في التحكير تعمير واصلاح للأرض المحكرة ، فهو يتطلب عادة من المحتكر نفقات كبيرة • لذلك كان من الطبيعي أن يقرر حق الحكر لمدة طويلة يتمكن فيها المحتكر من استرجاع ما أنفق والحصول على ربح يكافي مجهوده ؛ ولكن لا يجب على أي حال أن يزيد التحكير على ستين سنة ( م ٩٩٩ مدني ) •

وحق الحكر حق مؤقت ينتهي بحلول الأجل المعين له • ولكنه — على خلاف حق الانتفاع وحق الاستعمال والسكنى — لا ينقضي بموت المحتكر اذا كان موته قبل حلول الأجل وبعد بنائه أو غراسه • أما اذا كانت الموت قبل البناء أو الفراش ، فالأصل هو انقضاء الحكر الا اذا طلب جميع الورثة بقاءه ( م ١٠٠٨ / ١ و ٢ ) •

(٤) حق الارتفاق ( Le droit de servitude ) : الارتفاق — كما تعرفه المادة ١٠١٥ من التقنين المدني — « حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر » • والعقار المثقل بالارتفاق أو العقار المرتفق به

---

(١) لم يعد جائزا ترتيب حق حكر على أرض غير موقوفة منذ العمل بالتقنين المدني الجديد في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ • ومع ذلك ، يظل مستمرا ما كان مرتبا من قبل وقالما وقت العمل بهذا التقنين من احكار على أرض غير موقوفة ( م ١٠١٢ مدني ) •



يسمى « العقار الخادم » (Le fonds servant) ، والعقار المرتفق أى المقرر لفائدته الارتفاق يسمى « العقار المخدم » (Le fonds dominant) .

ومن أمثلة حقوق الارتفاق : حق المرور الذى يوجد طريقا أو ممرا للعقار المرتفق أو المخدم عبر العقار المرتفق به أو الخادم ، وحق المظل الذى يبيح فتح مطلات على ملك الجار على أقل من المسافة القانونية المشروعة .

ولما كان حق الارتفاق مقرا لمنفعة عقار معين ؛ فمعنى ذلك أن هذه المنفعة عينية تتعلق بالعقار المرتفق لاشخصية تتعلق بمالكه . ولذلك فالأصل بقاءه واستمراره رغم تغير ملاك هذا العقار . ولكن ليس معنى هذا أن حق الارتفاق يعتبر حقا أبديا أو دائما فى جوهره ، بل تملك الارادة تأقيته بأجل معين ، وحينئذ يكون انتهاءه بانقضاء هذا الأجل ( م ١٠٢٦ مدنى ) .

واذا كانت الحقوق العينية الأصلية غير حق الملكية — باعتبار أنها حقوق فرعية — حقوقا مؤقتة أو قابلة للتأقيت ، فعلى العكس من ذلك يتصف حق الملكية — وهو الحق الرئيسى — بصفة الدوام والتأيد . فحق الملكية حق دائم يدوم ما بقى محله دون أن يطعن فى دوامه اختلاف الأيدى والملاك على هذا المحل ، فالحق نفسه لا يتغير — اذ هو قائم ما دام الشئ باقيا — وانما الذى يتغير هم أصحابه ، وبذلك يظل الشئ محملا طوال بقاءه بحق الملكية أى يظل دائما على ملك شخص من الأشخاص ؛ ولذلك لا يتصور — مع استمرار بقاء الشئ — أن توفت ملكيته بمدة معينة تنقضى بعدها نهائيا دون أن تثبت لأحد من الأشخاص .

وهذا الاختلاف الجوهرى بين حق الملكية وبين الحقوق العينية المتفرعة منه ، يستتبع نتيجة هامة هى أن حق الملكية لا ينقضى مهما طالت مدة استعماله « ١ » ، بينما تخضع كل الحقوق العينية المتفرعة منه للتقادم المسقط فتتنقضى بمضى المدة القانونية على عدم استعمالها ( م ٩٩٥ و ١٠١١ و ١٠٢٧ مدنى ) .



### ٣٤٧ - الحقوق العينية التبعية

الأصل أن الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية تقتصر على تخويل أصحابها قدرة اقتضاء عمل معين من المدين دون أن تجعل لهم سلطانا مباشرا على شيء معين يملكه . ولذلك لا يضمن لهم الوفاء بها مال معين بالذات من أموال المدين ، وإنما تكون جميع أموال المدين - دون تحديد أو تمييز - هي التي تضمن لهم هذا الوفاء ؛ أى يكون لهم جميعا ضمان عام على كل أموال المدين ، وهو ما يؤدي - نتيجة تساويهم واشتراكهم في هذا الضمان - الى تزاحمهم على هذه الأموال واقتسامهم اياها - في حال عدم كفايتها - قسمة غرماء أى بنسبة دين كل منهم . وبذلك تعرض الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية أصحابها لخطر التزاحم والخروج بوفاء منقوص .

ولا يدفع مخاطر الضمان العام هذه الا تقرير ضمان خاص يؤمن حق الدائن . وهذا الضمان الخاص اذا انصب على شيء أو مال معين بالذات من أموال المدين سمي ضمانة أو تأمينا عينيا ، وبمقتضاه يكون

---

(١) غنى عن البيان أن الملكية اذا كانت لا تسقط أو تنقضى بعدم الاستعمال المستطيل ، فان للغير اكتسابها اذا توافرت له الحياة القانونية الصحيحة . وبعبارة أخرى ، لا تعتبر الملكية محلا للتقادم المسقط نظرا لما لها من خاصة الدوام ، ولكنها تعتبر محلا للتقادم المكسب الذي يتغير به المالك مع بقاء الملكية دون زوال .

واذا كان الأصل هو عدم انقضاء الملكية بعدم الاستعمال مهما طال مدتة ، فثم استثناء وحيد يرد على هذه القاعدة ، اذ تقرر المادة ٨٧٣/٣ من التقنين المدني انه «... اذا زرع مصرى أرضا غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها ، تملك في الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير ترخيص من الدولة . ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس العشرة السنة التالية للتملك » .



للدائن صاحبه سلطة تتبع هذا الشيء ولو خرج من تحت يد المدين ، وسلطة التنفيذ عليه واقتضاء حقه من قيمته النقدية بالأولوية والأفضلية على غيره من الدائنين العاديين . وهذه التأمينات العينية هي المعروفة باسم « الحقوق العينية التبعية » : فهي حقوق عينية لأن كلا منها يخول صاحبه سلطانا قانونيا مباشرا على شيء معين بالذات من أموال المدين «<sup>(١)</sup>» .

(١) اذا كان الفقه مستقرا في مجموعه على اعتبار التأمينات العينية من قبيل الحقوق العينية ، الا أن قلة من الفقهاء تخالف ذلك وتعتبرها مجرد أوصاف تلحق الالتزام الأصلي المضمون ، من شأنها تقرير مركز ممتاز للدائن في اقتضاء تنفيذه يجنبه مخاطر الضمان العام ومزاحمة بقية الدائنين . وأساس هذا الرأي هو القول بأن الحق العيني يفترض سلطة مباشرة لصاحبه على الشيء المادى محله بمقتضاها يكون له الاستفادة منه والاستئثار بمنافعه ، بينما لا تخول التأمينات العينية أصحابها سلطانا مباشرا على محلها من الأشياء المادية وانما على الثمن المتحصل من التنفيذ عليها عند عدم الوفاء . ( انظر في بسط هذا الرأي والدفاع عنه :

Chauveau, article précité, Nos. 40-50, pp. 594-612. — شفيق شحاته ،

النظرية العامة للتأمين العيني ، فقرة ١١ وما بعدها ) .  
وواضح أن هذا الرأي لا يمكن التسليم به ، فالحق العيني انما يفترض سلطة مباشرة لصاحب الحق على شيء مادى ، وذلك أيا كان مضمون هذه السلطة . فلا حاجة لتحديد مضمونها وقصره على مجرد الاستفادة المادية من الشيء نفسه أو الاستئثار بمنافعه ، والا كان في ذلك خلط غير مبرر بين الحق العيني ذاته وبين البعض من أنواعه كحق الملكية والحقوق المتفرعة عنه . فسلطة صاحب الحق العيني كما قد تتضمن استعمال الشيء أو استغلاله أو التصرف فيه كما هي الحال في الحقوق العينية الأصلية ، قد تتضمن كذلك قدرة التنفيذ على هذا الشيء والاستئثار باقتضاء الدين المضمون من مقابله النقدي كما هي الحال في التأمينات العينية ؛ إذ في الحالين تكون لصاحب الحق سلطة مباشرة على قدرة التنفيذ على الشيء بحيث تقوم بينهما رابطة مباشرة على هذا الأساس . ولذلك كان الفقه على صواب منذ قديم في اعتبار هذه التأمينات حقوقا عينية ، وفي تأكيد هذه الصفة لها بتسميتها باسم « الحقوق العينية التبعية » .

( انظر في تأييد اعتبار التأمينات العينية حقوقا عينية ونقد الرأي المنكر لذلك Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 68 — عبد الفتاح عبد الباقي ، التأمينات الشخصية والعينية ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٤ ، الهامش رقم (١) ، ص ٢٧٤ وما بعدها . — شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات في القانون المدني الجديد ، الجزء الأول في النظم القانونية للتأمينات العينية ، فقرة ٢٨ . — وكذلك كتابنا في « الحقوق العينية الأصلية » ، هامش رقم (١) ص ٣٢ و ٣٣ ) .



وهى حقوق تبعية لأنها لا تقوم مستقلة بنفسها وإنما تابعة لغيرها من حقوق الدائنية تأميناً للوفاء بها .

وتتنوع الحقوق العينية التبعية بحسب مصدرها أنواعاً ثلاثة : حق الرهن وحق الاختصاص وحق الامتياز . فالأول يتقرر بمقتضى عقد من العقود ، والثانى بأمر من القضاء ، والثالث بنص فى القانون .

(١) حق الرهن : الرهن نوعان : رهن رسمى ورهن حيازى :

أ - الرهن الرسمى ( Le droit d'hypothèque ) تعرف المادة ١٠٣٠ من التقنين المدنى هذا النوع من الرهن بقولها انه « عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه عيناً يكون له بمقتضاه أن يتقدم ، على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة ، فى استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار فى أى يد يكون » .

ب - الرهن الحيازى ( Le droit de gage ) : تعرف المادة ١٠٩٦ من التقنين المدنى هذا النوع من الرهن بقولها انه « ... عقد به يلتزم شخص ، ضماناً لدين عليه أو على غيره ، أن يسلم الى الدائن أو الى أجنبى يعينه المتعاقدان ، شيئاً يرتب عليه الدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشئ لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة ، فى اقتضاء دينه من ثمن الشئ فى أى يد يكون » .

فحق الرهن بنوعيه الرسمى والحيازى ، يعطى للدائن المرتهن اذن حق تتبع الشئ المرهون فى أى يد يكون ، وحق التقدم على غيره من الدائنين فى اقتضاء دينه سواء كان هؤلاء الدائنون دائنين مرتهين ولكن تالين فى المرتبة ، أو كانوا مجرد دائنين عاديين لا تضمن حقوقهم أية حقوق عينية تبعية . ولكن يختلف الحقان فى أن حق الرهن الرسمى - كما يدل عليه اسمه - لا ينشأ الا بمقتضى عقد رسمى يحرر أمام موظف



مختص والا كان باطلا ؛ أما حق الرهن الحيازي فينشأ بمقتضى عقد رضائي أى بمجرد التراضى . وكذلك يختلف الحقان فى أن حق الرهن الحيازى يقع على العقار أو المنقول على السواء ، بينما لا يقع حق الرهن الرسمى الا على العقار وحده « ١ » . وكذلك فانه يترتب على حق الرهن الحيازى — كما يدل على ذلك اسمه — وضع الشيء المرهون فى حيازة الدائن المرتهن أو من ينوب عنه دون خروجه من ملك المدين الراهن ، على خلاف الحال فى حق الرهن الرسمى حيث يبقى العقار المرهون فى حيازة مالكه .

(٢) **حق الاختصاص ( Le droit d'Affectation )** : لا ينشأ هذا الحق كحق الرهن بمقتضى عقد ، ولكن ينشأ بمقتضى أمر من القضاء به . وهو لا يتقرر لكل دائن ، بل يتقرر للدائن الذى بيده حكم واجب التنفيذ ضد المدين . فالمادة ١٠٨٥/١ من التقنين المدنى تقرر أنه « يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر فى موضوع الدعوى يلزم المدين بشيء معين أن يحصل ، متى كان حسن النية ، على حق اختصاص بعقارات مدينة ضامنا لأصل الدين والفوائد والمصروفات » .

فمثل هذا الدائن يحصل على حق الاختصاص على عقارات مدينة بأن يقدم عريضة بذلك الى رئيس المحكمة الابتدائية التى تقع فى دائرتها العقارات التى يريد الاختصاص بها ( م ١٠٨٩ مدنى ) ؛ فيدون رئيس المحكمة فى ذيل العريضة أمره بالاختصاص مراعىا فى ذلك التناسب بين مقدار الدين وقيمة العقار أو العقارات المقررة عليها الاختصاص ( م ١٠٩٠ مدنى ) .

---

(١) تقضى المادة ١٠٣٢/١ من التقنين المدنى بأنه « لا يجوز أن يرد الرهن الرسمى الا على عقار ، مالم يوجد نص يقضى بغير ذلك » .



« ويكون للدائن الذى حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التى للدائن الذى حصل على رهن رسمى » ، أى يكون له حق التتبع وحق التقدم أو الأولوية فى اقتضاء الدين من المقابل النقدي للشيء .  
« ويسرى على الاختصاص ما يسرى على الرهن الرسمى من أحكام وبخاصة ما يتعلق بالقيد وتجديده ومحوه وعدم تجزئة الحق وأثره وانقضائه ، وذلك كله مع عدم الاخلال بما ورد من أحكام خاصة ( م ١٠٩٥ مدنى ) .

(٣) حق الامتياز (droit de privilège) : ينشأ هذا الحق ويتقرر بنص القانون، لا بأمر من القضاء كحق الاختصاص ، ولا بمقتضى عقد رسمى أو رضائى كحق الرهن بنوعيه . وهو يتقرر مراعاة لصفة خاصة تقوم فى الدين ، فيعتبر القانون الديون التى تتوافر فيها مثل هذه الصفة ديونا ممتازة يستوفيهما الدائنون بالتقدم والأولوية على غيرهم من الدائنين . وعلى ذلك تنص المادة ١١٣٠ من التقنين المدنى بقولها : « ١ - الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته ؛ ٢ - ولا يكون للحق امتياز الا بمقتضى نص فى القانون » .

وحق الامتياز اما عام يرد على جميع أموال المدين من منقول وعقار « ١ » ، واما خاص يرد على مال معين بالذات من أموال المدين سواء كان هذا المال عقاراً أو منقولاً .

ومن أمثلة حقوق الامتياز العامة الامتياز المقرر للمبالغ المستحقة عن الستة أشهر الأخيرة كأجور ورواتب للخدم والكتبه والعمال ، وكأثمان

---

(١) وما دام حق الامتياز العام لا يرد على شيء معين بالذات وانما ينصب دون تحديد على كل أموال المدين ، فيبدو انه لا يمكن اعطاؤه - على خلاف حق الامتياز الخاص - وصف الحق العينى ( انظر فى هذا المعنى : شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، فقرة ٢٠٤ . - وانظر كذلك فى صدد الاختلاف الفقهي حول هذا الوصف المراجع العديدة التى يشير اليها ، ص ٥٠٦ ، هامش رقم (١) .



لما تم توريده من مأكـل وملبس ، وكنفقة مستحقة في ذمة المدين لأقاربه  
( م ١١٤١ مدنى ) •

ومن أمثلة حقوق الامتياز الخاصة : الامتياز المقرر لما يستحق  
للمؤجر بمقتضى عقد الايجار على ما يكون موجوداً بالعين المؤجرة ومملوكاً  
للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعى ( م ١١٤٣ مدنى ) •  
والامتياز المقرر للمبالغ المستحقة لصاحب الفندق في ذمة النزىل - عن  
أجرة الاقامة والمؤونة وما صرف لحسابه - على الأمتعة التى أحضرها  
النزىل فى الفندق أو ملحقاته ( م ١١٤٤ مدنى ) • والامتياز المقرر على الشىء  
المبيع - عقاراً كان أو منقولاً - لما يستحق لبائعه من الثمن وملحقاته  
( م ١١٤٥ و ١١٤٧ مدنى ) •

## المطلب الثانى

### الحق الشخصى أو حق الدائنية

Le droit personnel ou de créance

### ٢٤٨ - تعريف الحق الشخصى أو حق الدائنية

يعبر الحق الشخصى عن قيام « رابطة اقتضاء » ، أى عن قيام  
رابطة بين شخصين بمقتضاها يلتزم أحدهما وهو المدين قبل الآخر وهو  
الدائن بأداء معين أى بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل ، وبذلك يكون  
للدائن حق فى اقتضاء هذا الأداء من المدين • فالحق الشخصى اذن هو  
سلطة تثبت لشخص معين فى اقتضاء أداء معين من شخص آخر •

واصطلاح « الحق الشخصى » الشائع عن هذا النوع من الحقوق انما  
يقوم على أساس تضمنه علاقة أو رابطة بين الأشخاص ، وتحقيقه عن طريق شخص معين  
غير صاحبه • ولكن لعل فى التعبير عن الحق الشخصى باصطلاح « حق  
الدائنية » خير بيان لطبيعة هذا الحق من كونه علاقة دين أو علاقة اقتضاء



بين الأشخاص اذا نظر اليها من ناحية الدائن ؛ فضلا عما فيه من دفع للاختلاف بين اصطلاح « الحق الشخصى » واصطلاح « حق الشخصية » الملازم للانسان واللصيق بالشخصية .

والحق الشخصى أو حق الدائنية — كما يبين من تعريفه — ليس محله — كالحق العينى — شيئا من الأشياء ؛ وانما محله دائما عمل معين من جانب مدين معين « ١ » ، سواء كان هذا العمل ايجابيا أو سلبيا .

ومثال العمل الايجابى : التزام المقرض بـرد مبلغ القرض الى المقرض ، والتزام المقاول ببناء منزل ، والتزام الطبيب باجراء جراحة معينة . ومثال العمل السلبى أى الامتناع عن عمل معين : التزام بائع المحل التجارى قبل مشتريه بعدم منافسته له عن طريق فتح محل مشابه فى نفس الحى طوال مدة معلومة ، والتزام كاتب شهير — متعاقد مع صحيفة معينة على الكتابة فيها مدة معينة — بعدم الكتابة فى غيرها طوال مدة العقد . ✓

---

(١) ولذلك فحتى فى الصورة التى يقدمها بعض الفقهاء للقول بوجود مايسمونه الالتزام باعطاء شىء أى بتقرير حق عينى على شىء من الأشياء ، لا يكون هذا الشىء هو محل الحق الشخصى أو حق الدائنية ، وانما يظل محل هذا الحق هو الأداء أو العمل المقتضى من قبل المدين والمودى الى تقرير الحق العينى المقصود . فحق مشترى العقار فى اقتضاء نقل الملكية اليه من بائعه — وهو حق شخصى — ليس محله العقار المبيع ، وانما محله عمل ايجابى هو قيام البائع بتحقيق نقل الملكية الى المشتري عن طريق المساهمة فى اجراءات التسجيل . ( انظر فى هذا المعنى : شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فقرة ٢٧ . — محمد سامى مذكور ، المرجع السابق ، ص ١٥ . — اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٧ ) .



## المطلب الثالث

التفرقة بين الحق العيني وبين الحق الشخصي أو حق الدائنية

### ٢٤٩ - التفرقة التقليدية بين الحقين

التفرقة بين الحق العيني من ناحية وبين الحق الشخصي أو حق الدائنية من ناحية أخرى تفرقة تقليدية عريقة في الفقه . وتقوم هذه التفرقة التقليدية على أساس أن الحق العيني يخول لصاحبه سلطة قانونية مباشرة على شيء من الأشياء المادية ، فلا يوجد فيه إلا عنصران : شخص هو صاحب الحق ، وشيء هو محل الحق . بينما يخول الحق الشخصي أو حق الدائنية لصاحبه سلطة مطالبة شخص آخر معين بعمل أو بامتناع بناء على ما يوجد بينهما من رابطة قانونية ، بحيث يتوافر في هذا الحق عناصر ثلاثة : طرف إيجابى هو صاحب الحق أو الدائن ، وطرف سلبى هو المحمل قبله بالالتزام أو المدين ، ومحل هو العمل أو الامتناع الملزم به الطرف السلبى .

غير أن هذه التفرقة التقليدية بين الحق العيني وحق الدائنية قد تعرضت لهجمات كثيرة أريد من وراء بعضها هدم أساس هذه التفرقة وتقريب الحق العيني من حق الدائنية . وسرى أن هذه المحاولة لم يتح لها الرواج في الفقه ، فظل الفقه الحديث في مجموعه معتصما - بحق - بالتفرقة التقليدية بين الحقين بما تستتبعه من نتائج وآثار قانونية .

### ٢٥٠ - محاولة تقريب الحق العيني من الحق الشخصي

رغم أن التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي تفرقة تقليدية مستقرة في الفقه ، إلا أن ذلك لم يمنع جانباً من الفقه الحديث من جحدها ومحاولة تقريب الحق العيني من الحق الشخصي ، على أساس القول بأن الحق العيني يتوافر له نفس الرابطة القانونية القائمة بين طرفين من الأشخاص والمسلم



وجودها في الحق الشخصي ، وبذلك تجتمع في كل من الحقين نفس العناصر الثلاثة : الطرف الايجابي ، والطرف السلبي ، والمحل .

ونقطة الابتداء عند أصحاب هذه المحاولة ، وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي الكبير « پلانيول » ( Planiol ) ( ١ ) ، أن الروابط القانونية لا يتصور قيامها الا بين الأشخاص وحدهم .

ولما كانت الحقوق في منطقتهم ليست الا روابط قانونية ، فمن الحتم اذن القول بأن الحق العيني — كالحق الشخصي سواء بسواء — يشتمل على رابطة قانونية بين الأشخاص خلافاً للنظرة التقليدية اليه ، أي يشتمل على طرف ايجابي من ناحية ، وطرف سلبي من ناحية ثانية ، ومحل من ناحية ثالثة . كل ما في الأمر أن الطرف السلبي في الحق العيني لا يكون معيّن نفس التعيين المتوافر في الحق الشخصي ، فهو سائر الأشخاص كافة غير الشخص المكون للطرف الايجابي ، ومضمون التزامهم يكون سلبياً محضاً اذ يتركز في الامتناع عن التعرض للطرف الايجابي في تمتعه بالحق . وبذلك ينتهي منطق هذا النظر الى تصور الحق العيني كرابطة تقوم بين شخص معين والكافة ، بمقتضاها يلتزم الكافة بالامتناع عن التعرض لما يكفله القانون لهذا الشخص من سلطة على شيء مادي معين .

وعلى هذا النحو ، لا يبقى من فرق — عند أهل هذا النظر — بين الحق العيني والحق الشخصي أو حق الدائنية ، سوى أن الطرف السلبي في الحق الشخصي شخص أو أشخاص معينون ، بينما هو في الحق العيني غير معين لأنه يشمل الناس كافة دون تحصيل . وسوى أن التزام الطرف السلبي في الحق العيني هو مجرد التزام سلبي قاصر على الامتناع عن التعرض للطرف الايجابي في حقه ، بينما يكون في الحق الشخصي التزاماً محدداً ايجابياً كان أم سلبياً ، أي بعمل أو بامتناع . وتلك فروق ليست بذات بال

(١) Planiol, Traité élémentaire de droit civil, 11e éd., par Ripert, No. 2158 et s.



عند أنصار هذا الاتجاه في التقريب بين النوعين من الحقوق ، اذ هي فروق لا تكشف عن اختلاف في الطبيعة بينهما وانما عن مجرد اختلاف في المدى والنطاق .

#### ٢٥١ - الإبقاء على التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي

تلك هي محاولة تقريب الحق العيني من الحق الشخصي للجمع بينهما على أساس وجود رابطة بين الأشخاص في كليهما . وظاهر أن هذه المحاولة صناعية ابتكرها أهل هذا النظر للتوفيق بين ما هو واقع في العمل من وجود صلة مباشرة بين صاحب الحق العيني وبين الشيء محل ~~حاجة~~ دون حاجة لوجود أو تدخل شخص آخر ، وبين المقدمة التي يبدأون منها وينون عليها وهي أن الحقوق إنما تعبر عن روابط قانونية والروابط القانونية لا تتصور إلا بين الأشخاص .

وقد سبق عند التعرض لتعريف الحق أن أظهرنا ما في إطلاق القول بحصر الروابط القانونية بين الأشخاص وحدهم من تجوز «<sup>(١)</sup>» . فليس يصدق مثل هذا القول - فيما نرى - إلا في شأن نوع معين من الروابط القانونية هي « روابط الاقتضاء » ، أي الروابط التي تخول لشخص معين اقتضاء أداء معين من شخص آخر يلزم بالخضوع لهذا الاقتضاء ، اذ مثل هذا النوع من الروابط وحده هو الذي يفترض وجود التزام معين واقع على عاتق طرف قبل طرف آخر يكون له اقتضاء الوفاء به ، والالتزام لا يتصور محملا به إلا الأشخاص وحدهم .

ولكن ليست الروابط القانونية كلها - كما رأينا - روابط اقتضاء ، فثم « روابط تسلط » ( Rapports de maîtrise ) تخول لشخص معين سلطة قانونية على شيء معين . وغنى عن البيان أن مثل هذا النوع من الروابط

(١) انظر سابقا ص ٥٦١ وما بعدها .

وانظر كذلك في هذا المعنى :

Mazeaud, op. cit., t. I, No. 166. — Beaudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 56.



لا يتصور منطقاً قيامه بين شخص وشخص وانما بين شخص وشيء ، لأن  
انتسلط لا يتصور واقعاً على الأشخاص بل على الأشياء وحدها «١» .  
والتشبيث بالنظر الى الروابط القانونية نظرة واحدة - دون اعتبار  
لتنوعها واختلاف مضمونها - على أساس أنها جميعاً روابط بين  
أشخاص ، واعتبار ذلك مقدمة أولية مسلمة يجب البدء منها ، هو  
الذى أوقع بعض الفقهاء في الحرج ازاء الحق العيني الذى لا يظهر فيه  
الاصحاب ومحل دون حاجة لوجود شخص آخر كطرف سلبى ، فلم يجدوا  
مخرجاً من هذا الحرج الا التحايل على الواقع باصطناع طرف سلبى وهمى  
فى هذا الحق - هو الناس كافة - يقع عليه التزام سلبى بعدم التعرض  
لصاحب الحق العيني فى تمتعه بحقه .

ووجه التحايل والاصطناع فى هذا القول ظاهر واضح . فمثل هذا  
الالتزام السلبى العام المقول بوجوده فى الحق العيني على عاتق الناس  
كافة بعدم تعرضهم لصاحب الحق فى تمتعه بحقه ، ليس مقصوداً على  
الحق العيني وحده بل هو قائم بالنسبة لكافة الحقوق بما فيها الحق  
الشخصى أو حق الدائنية «٢» . فالناس كافة ملزمون بعدم التعرض لصاحب  
الحق الشخصى فيما يكفله له القانون من قدرة اقتضاء أداء معين من  
شخص معين . فصاحب المصنع الذى يحرض عاملاً يشتغل عند غيره على  
الاخلال بالتزامه التعاقدى قبل هذا الغير بترك العمل قبل انتهاء مدة  
العقد ليعمل عنده ، يخل بالالتزام السلبى العام المفروض على كافة  
باحترام الحقوق أياً كان نوعها ، فيلزمه التعويض عما أحدثه فعله  
من ضرر للغير .

---

(١) راجع فى شأن التمييز بين الروابط القانونية على هذا النحو : رسالتنا  
سائلة الذكر فى الفصل الثانى من القسم الأول منها الخاص بتحديد النطاق  
الفنى للحق ، وخاصة ص ٩٧ - ١٠٥ .  
(٢) فى هذا المعنى :



والواقع أن مثل هذا الالتزام السلبي العام الموجود قبل الناس كافة بالنسبة الى الحقوق جميعاً ، انما هو نتيجة حتمية لوجود الحق ولاستناده الى القانون ، فهو في الحقيقة مظهر حماية القانون للحق . والبصر بذلك يكشف عن أن مثل هذا الالتزام السلبي العام لا يدخل في عناصر تكوين الحق بل هو تال لوجوده كوسيلة لحمايته ، فنشوء مثل هذا الالتزام اذن انما يفترض أولاً نشوء الحق . فكيف يتأتى بعد ذلك النظر الى هذا الالتزام باعتباره عنصراً من العناصر المكونة للحق العيني ، ومقارنته بالالتزام الخاص الواقع على المدين في الحق الشخصي أو حق الدائنية وهو الذي يعتبر عنصراً جوهرياً من عناصر تكوينه بحيث لا يتصور قيام هذا الحق بدونه ؟ (١) .

وهذا الاختلاف بين النوعين من الالتزام يستتبع بينهما اختلافاً جوهرياً آخر . اذ يعتبر الالتزام الخاص من عناصر الذمة المالية لأنه عنصر من عناصر حق مالي هو الحق الشخصي ، فيثبت في ذمة المدين كعنصر سلبي وفي ذمة الدائن كعنصر ايجابي . أما الالتزام السلبي العام — وهو مجرد مظهر لحماية القانون للحق دون أن يكون عنصراً من عناصر تكوين الحق — فهو التزام أو واجب مجرد من القيمة المالية ، ولذلك لا يعتبر ضمن عناصر الذمة المالية — كما سنرى — فلا يثبت في ذمة مدين معين كعنصر سلبي ولا في ذمة دائن معين كعنصر ايجابي .

وآية انعدام التشابه بين النوعين من الالتزام ، أن الالتزام الخاص — على خلاف الالتزام السلبي العام المتوجه الى الكافة — يفترض قيماً خاصاً يرد على حرية شخص أو أشخاص معينين ولا يرد على حرية الآخرين .

---

(١) في هذا المعنى :

Mazeaud, op. cit., t. I, No. 166. — Hassan Kira, thèse précitée, p. 105,

Note (1). — Beudant et Voirin, ibid.



وكذلك ففي الالتزام الخاص يكون شخص المدين محددًا معينًا وقت نشأة الالتزام ، بينما يكون شخص المدين في هذا الالتزام السلبي العام غير محدد أو معين وقت نشأته اذ يترك مجهلاً ومعلقاً على رؤوس الكافة . واذا تعين هذا المدين بالاعتداء على حق من الحقوق كالحق العيني اخلاصاً بالالتزام السلبي العام ، فان هذا الاعتداء ينشئ حينئذ حقاً جديداً مستقلاً عن الحق العيني المعتدى عليه ، هو حق دائنية لصاحب الحق المعتدى عليه قبل المعتدى . أى أن الاخلال بالالتزام السلبي العام ، وان كان يترتب عليه تحديد شخص مدين معين ، الا أن هذا المدين ليس على أى حال هو المدين بالحق العيني - اذ الحق العيني قائم قبل تعيينه ودون حاجة الى وجوده - ولكنه هو المدين بحق جديد مستقل هو حق دائنية بالتعويض ينشأ لصالح المعتدى عليه قبل المعتدى .

وكذلك فان مضمون الالتزام الخاص يحدد مضمون الحق المقابل له . أما مضمون الالتزام السلبي العام ، فلا يحدد مضموناً لأى حق ، لأنه طالما لم يحصل اخلال بهذا الالتزام فلا يقابله بعد أى حق من الحقوق . فالالتزام السلبي العام الذى يمنع التعرض للمالك فى ملكه مثلاً ، لا يحدد بحال من الأحوال مضمون حق الملكية - من استعمال واستغلال وتصرف - الذى يقال انه يقابله ؛ بينما يحدد الالتزام الخاص الواقع على المقرض برد مبلغ القرض فى الأجل المضروب مضمون حق المقرض فى اقتضاء هذا الرد ، اذ الحق هنا ليس الا الالتزام نفسه ولكن منظوراً اليه من ناحية الدائن .

فالالتزام الخاص اذن - دون الالتزام السلبي العام - هو الذى يصدق عليه اصطلاح « الالتزام » بالمعنى الفنى الدقيق الذى يصلح به لمقابلة الحق بحيث يعتبر عنصراً من عناصر تكوينه ، وهو كما رأينا غير



متوافر الا في الحق الشخصي أو حق الدائنية وحده دون الحق العيني «١» .  
من أجل ذلك ، يكون من العبث محاولة رد الحق العيني الى نوع من  
الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية على أساس وحدة وجود التزام في  
كل منهما ، ما دام الالتزام لا يأخذ نفس المعنى والمدلول في الحالين :  
فالالتزام السلبي العام المقول بوجوده في الحق العيني ليس التزاماً بالمعنى  
الفنى الدقيق حتى يقارن بالالتزام الخاص الموجود في الحق الشخصي .  
بل ان اطلاق اصطلاح « الالتزام » عليه هو من باب التجوز البحت ، اذ هو  
مجرد واجب تحتمه ضرورة احترام القانون وما يقرره للأفراد من حقوق ،  
ولذلك كان واجباً عاماً يقع على عاتق الكافة وينصرف الى الحقوق  
جميعاً دون تمييز . فاذا كان هذا الواجب العام اذن موجوداً في الحق  
العيني وفي الحق الشخصي على السواء كغيرهما من الحقوق ، فيبقى أن  
الحق الشخصي ينفرد فضلاً عن ذلك بوجود التزام فيه بالمعنى الفنى الدقيق،  
أي التزام شخص معين بأداء معين .

من كل ذلك نخلص بأن محاولة تقريب الحق العيني من الحق الشخصي  
أو حق الدائنية باصطناع مدين عام مجهل هو الكافة والتزام سلبي عام  
في الحق العيني يقابل ما يوجد في الحق الشخصي من مدين معين والتزام  
خاص ، هي محاولة فاشلة ، ولذلك لم يكتب لها الرواج في الفقه  
الحديث ، فظلت التفرقة التقليدية قائمة ثابتة بين الحق العيني والحق  
الشخصي .

والواقع أن هذه التفرقة التقليدية واجبة محتومة بين النوعين من  
الحقوق، اذ هما مختلفان اختلافاً ظاهراً في المحل «٢» : فمحل الحق العيني

---

(١) في هذا المعنى :

Beudant et Voirin, Ibid.

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٩ و ٣٠ .

(٢) والمشرع المصرى مايزال مستمسكاً بهذه التفرقة ، اذ هو يقسم  
التقنين المدنى الى قسمين كبيرين : الاول يضم الحقوق الشخصية او الالتزامات،  
والثاني يضم الحقوق العينية .



شيء من الأشياء المادية ، ومحل الحق الشخصي أداء معين أى عمل أو امتناع . وهذا الاختلاف فى المحل ، هو الذى يفسر اختلاف طبيعة الرابطة القانونية التى يعبر عنها كلا النوعين من الحقوق . فما دام المحل فى الحق العينى شيئاً من الأشياء ، فالرابطة المتصور وجودها لا يمكن أن تكون الا رابطة تسلط مباشر من شخص على هذا الشيء دون حاجة الى وساطة شخص آخر ، بحيث لا يوجد فى هذا الحق الا طرف ايجابى ومحل دون وجود لطرف سلبى . وما دام المحل فى الحق الشخصى عملاً من الأعمال ، فالرابطة المتصور وجودها لا يمكن الا أن تكون رابطة اقتضاء لهذا العمل من شخص معين ، بحيث يحتاج الأمر دائماً فى هذا النوع من الحق الى وساطة هذا الشخص لأداء ذلك العمل ، أى الى وجود طرف سلبى فوق وجود الطرف الايجابى والمحل .

## ٢٥٢ - آثار التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى

أما وقد انتهينا الى ضرورة التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى أو حق الدائنية على أساس اختلاف المحل بينهما وما يجره من اختلاف طبيعة الرابطة القانونية التى يعبر عنها كل منهما . فلا يبقى الا عرض ما يترتب على هذه التفرقة من آثار متعددة نتيجة هذا الاختلاف .

(١) الحق العينى حق مطلق ( droit absolu ) والحق الشخصى أو حق الدائنية حق نسبى ( droit relatif ) : ومعنى ذلك أن الحق العينى يحتج به وينتج أثره فى مواجهة الكافة ، بينما لا ينتج الحق الشخصى أثره ولا يحتج به الا فى مواجهة شخص أو أشخاص معينين . ومرد ذلك الى أن الحق العينى انما يكون رابطة تسلط ، فيخول بذلك لشخص معين سلطة قانونية على شيء من الأشياء أى يجعل له هذه السلطة مباشرة على الشيء دون حاجة الى وساطة أى شخص آخر ، فهى اذن سلطة مطلقة سارية ونافذة فى حق الكافة ما دامت لا تتوقف على عمل أو تدخل من جانب أحد منهم ، بل تتوقف على مجرد وجود الشيء وحده اذ تقع عليه مباشرة ، بينما يكون الحق الشخصى



رابطة اقتضاء فيخول لشخص معين قدرة اقتضاء أداء معين من شخص آخر، وهو ما يجعل تحقيق هذا الاقتضاء رهناً بتدخل شخص معين — فهو اذن اقتضاء قاصر أو نسبي — مما يسبغ على الحق الشخصي صفة نسبية بحيث لا ينتج أثره أو يحتج به الا في مواجهة شخص أو أشخاص معينين •

فالتسلط الذي يعطيه الحق العيني اذن هو الذي يخلع على هذا الحق صفة الاطلاق لأنه متحقق ذاتياً ومباشرة دون توقف على تدخل أحد • والاقتضاء الذي يعطيه الحق الشخصي لصاحبه هو الذي يسبغ على هذا الحق صفة النسبية لأنه غير متحقق ذاتياً بل مرتهن في تحقيقه بتدخل شخص أو أشخاص آخرين •

وسنرى فيما يلي أن لهذا الاختلاف بين الحق العيني والحق الشخصي — من حيث اطلاق الأول ونسبية الثاني — ذيولاً هامة تتفرع عليه ، اذ ينفرد الحق العيني نتيجة لاطلاقه بخصيصي التتبع والأفضلية دون الحق الشخصي •

**(٢) يخول الحق العيني دون الحق الشخصي ميزة أو حق التتبع (droit de suite) :**

قلنا ان الحق العيني انما يعطى لصاحبه سلطة قانونية مباشرة على شيء من الأشياء دون وساطة شخص آخر ، وهو بذلك يخلق رابطة

---

(١) وهذا المعنى للاطلاق المقصور على الحق العيني يختلف عن معنى آخر للاطلاق ينصرف الى الحقوق جميعاً نتيجة حماية القانون لها بتحريم التعرض لكل صاحب حق في حقه . فالمقصود اذن باطلاق الحق العيني ونسبية الحق الشخصي ، ليس هو اطلاق الأول ونسبية الثاني من حيث مدى احترامهما اذ هما مطلقان من هذا الوجه لالتزام الكافة جميعاً بالامتناع عن الاعتداء عليهما . وانما المقصود بذلك هو اطلاق الأول ونسبية الثاني من حيث تحقق مضمونه وممارسة سلطاته ، اذ يرتهن ذلك في الحق الشخصي بتدخل شخص آخر غير صاحب الحق ، بينما يتحقق في الحق العيني مباشرة دون حاجة الى مثل هذا التدخل .

( انظر في هذا المعنى : كتابنا « الحقوق العينية الأصلية » ، فقرة ١٥ ، ص ٤١ و ٤٢ .

وانظر قريباً من ذلك :

Mazeaud, op. cit., t. I, No. 166



مباشرة بينه وبين الشيء تعبر عن تسلطه على هذا الشيء وخضوع الشيء لهذا التسلط ، بحيث يظل هذا الخضوع قائماً في أي يد يوجد هذا الشيء فيكون لصاحب الحق العيني تتبعه أينما كان . فالحق العيني اذن - وهو واقع على الشيء مباشرة ومعلق على وجوده - يكون ملازماً ومتتبعاً له دائماً في أي يد وجد ، اذ مضمون هذا الحق هو التسلط على شيء من الأشياء ، وتحقيق هذا التسلط رهين بوجود هذا الشيء دون اعتبار لمكان وجوده أو شخص من يحوزة . اذ هو مستقل في وجوده عن أية رابطة بين الأشخاص فلا يتأثر بتغيرهم ، فأينما يكون هذا الشيء يدركه صاحب الحق العيني بما له من تسلط مباشر عليه « ١ » .

أما الحق الشخصي أو حق الدائنية ، فلا يخول لصاحبه مثل هذا الحق في التتبع لأله ليس بالحق الوارد على شيء - كالحق العيني - حتى يلزم الشيء ويتتبعه في أي يد يكون ، ولكنه وارد على عمل شخص معين هو المدين ولا يتصور التتبع في شأن عمل من الأعمال . بل ولا يتصور التتبع كذلك حتى ولو كان موضوع العمل الملزم به المدين شيئاً من الأشياء ، اذ يظل محل حق الدائن رغم ذلك هو العمل لا الشيء ، فيكون الشيء بمنأى عن أي سلطان مباشر للدائن . وبذلك يمتنع على الدائن تتبعه اذا خرج من يد المدين ، لأن التتبع يستلزم في المتتبع أن تكون له سلطة مباشرة على الشيء لا تنفك تلازمه أينما وجد ، والدائن بحق شخصي يفقد مثل هذه السلطة . ومن هنا ، فلا يكون لمشتري عقار لم يسجل عقد البيع أن يتتبع هذا العقار تحت يد مشتر جديد له قام بإجراءات التسجيل ، اذ ليس له قبل التسجيل الا مجرد حق شخصي قبل البائع يتلخص في قدرة اقتضائه نقل ملكية العقار المبيع اليه ، دون أن تكون له فوق ذلك أية سلطة قانونية مباشرة على هذا المبيع تخول له حق تتبعه في أي يد وجد .

(١) في هذا المعنى :

Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 73.



يخلص من ذلك أن الحق العيني هو الذى ينفرد دون الحق الشخصى بميزة تتبع الشئ فى أى يد وجد «١» . وهذه الميزة ليست قاصرة على نوع معين من الحقوق العينية دون نوع آخر ، فهى ميزة تقتضها طبيعة الحق العينى ذاته بحيث نجدها ملازمة للحقوق العينية جميعاً الأصلية والتبعية منها على السواء «٢» . ذلك أن التتبع انما يعنى بقاء الحق العينى قائماً رغم اختلاف الأيدي التى تحتبس الشئ أو تحوزه ، أى يعنى استمرار الرابطة المباشرة بين صاحب الحق العينى والشئ محل هذا الحق دون اعتبار لوجود هذا الشئ فى يد شخص آخر ، اذ تستمر — رغم هذا العارض الطارىء — صلة صاحب الحق العينى بهذا الشئ كما كانت دائماً صلة تسلط قانونى مباشر عليه دون اعتبار لشخص من قد يوجد الشئ تحت يده .

ومن هنا ، فالمالك لا يتأثر حقه اذا خرج ملكه من يده ، بل يكون له تتبعه واسترداده من أى شخص يكون حائزاً له ، وذلك بمقتضى الرابطة المباشرة بينه وبين هذا الملك والتى لا تتأثر بوجوده فى يد شخص آخر . وكذلك فالدائن المرتهن رهناً رسمياً لا يتأثر حقه بخروج العقار المرهون من ملك مدينه ، بل يكون له — بمقتضى ما يخوله له حقه العينى التبعى من سلطة مباشرة على العقار المرهون — تتبع هذا العقار ومباشرة حقه عليه بين يدي المالك الجديد أو الحائز .

(١) انظر عكس ذلك :

Chauveau, article précité, No. 10.

(٢) فى هذا المعنى :

Derruppé, thèse précitée, Nos. 181-184. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, Nos. 73, 74. — Planiol, Ripert et Picard, op. cit., t. III, No. 45.

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٣١ و ٣٢ . — محمد على عرفه ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٤ . ص ٧ و ٨ .

ولكن انظر عكس ذلك :

Bonnecase, op. cit., t. V, No. 105.

شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فقرة ١٥ .



وإذا كانت ميزة التتبع من الخصائص الجوهرية للحق العيني التي ينفرد بها دون الحق الشخصي ، فإن هذه الميزة ليست دائماً بالملققة بل قد يحد من إطلاقها وجود بعض قواعد قانونية تقتضيها السياسة التشريعية لكفالة الأمن والاستقرار في المعاملات . فالقاعدة المشهورة التي تقضى بأن « الحيازة في المنقول سند الحائز » مثلاً تعطل ميزة التتبع التي يتميز بها حق الملكية بوصفه حقاً عينياً ، إذ لا يكون لمالك المنقول استرداده من يد الحائز حسن النية .

✓ (٣) **يخول الحق العيني دون الحق الشخصي ميزة أو حق الأفضلية** (droit de préférence) : قلنا ان الحق العيني ينشئ رابطة قانونية مباشرة بين الشخص صاحب الحق والشيء محل الحق ، بحيث يستأثر صاحب الحق العيني وحده - بمقتضى هذه الرابطة - بسلطاته على الشيء كاملة لا يزاحمه فيها أحد . وما يخوله الحق العيني لصاحبه من استبعاد كل مزاحم له في ممارسة سلطاته على هذا النحو هو الذي يعبر عنه بميزة أو حق الأفضلية . وتلك ميزة ضخمة تؤكد الرابطة المباشرة بين صاحب الحق العيني ومحلّه ، وتبقى هذا المحل كله دون انتقاص خاضعاً لسلطان صاحب الحق وحده دون منازع .

أما الحق الشخصي أو حق الدائنية ، فباعتباره لا ينصب على شيء معين من أشياء المدين يخضعه مباشرة لسلطة الدائن بل يرد على مجرد عمل ايجابي أو سلبي يلتزم بأدائه المدين ، يكون الوفاء به مضموناً بالجانب الايجابي من ذمة المدين كما سبق البيان . وذلك قد يضر مخاطر جسمية يتعرض لها الدائنون اذا لم تكف أموال المدين لوفاء كل ديونهم ، اذ لا مناص حينئذ - وهم مشتركون متساوون بطبيعة حقوقهم في هذا الضمان العام - من اقتسام أموال المدين فيما بينهم قسمة غرماء أي بنسبة ديونهم . فالحقوق الشخصية اذن تعرض أصحابها لخطر التضاحم فيما بينهم والخروج بوفاء منقوص .



فالحق العيني اذن ينفرد ، دون الحق الشخصي ، بما يصحبه من ميزة أو حق الأفضلية الذي يجعل سلطات صاحب الحق العيني بمنأى عن كل مزاحمة أو منافسة . ومن هنا لم تكن الحقوق العينية لتتزامن فيما بينها ، كما تتزامن الحقوق الشخصية التي تتعرض من جراء ذلك الى خطر الوفاء الجزئي أو المنتقص ، ذلك أن الحقوق الشخصية تشترك على قدم المساواة في الضمان العام للمدين دون نظر الى تاريخ تقريرها فتساوى في اقتسام مفردات هذا الضمان قسمة غرماء ، أما الحقوق العينية فانها اذا كانت من نفس النوع واجتمعت على نفس الشيء فثم أوجه للتفاضل بينها كالأسبقية في التاريخ أو الأقدمية في مرتبة الشهر أو الحيازة في المنقول .

وكذلك فان الحقوق العينية لا تتزامن مع الحقوق الشخصية ، اذ أن حق الأفضلية الذي تتميز به يجنبها مثل التزام . من أجل ذلك تولدت فكرة تأمين الوفاء بالحقوق الشخصية عن طريق اردافها بحقوق عينية تنشئ للدائنين من أصحابها سلطات مباشرة على أشياء معينة مملوكة للمدين ، بحيث تعتبر هذه الأشياء ضماناً يستوفون من قيمتها ديونهم بالأولوية والأفضلية على سائر الدائنين العاديين . فالدائن الذي يرتهن عقاراً لمدينه ضماناً لديه يكون مقدماً في اقتضاء هذا الدين من قيمة العقار المرهون على كل دائن عادي غير مزود بحق عيني تبعي .

ولئن كانت ميزة الأفضلية تبدو أوضح ما تكون في صدد الحقوق العينية التبعية مما حدا بنفر من الفقهاء الى قصر هذه الميزة على هذا النوع من الحقوق العينية وحده «<sup>١</sup>» ، الا أن النظرة الصحيحة الى حقيقة هذه الميزة وارتباطها بطبيعة الحق العيني ذاته تجعلنا نذهب

---

Bonnecase, ibid. — Planiol, Ripert et Picard, op. cit., No. 45. (١)

شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فقرة ١٥ ، ص ٢٨ .



الكثير من الفقهاء «١» في تصور هذه الميزة ملازمة للحقوق العينية التبعية والأصلية على السواء .

ومن هنا ، فاذا بيع عقار من قبل مالكة مرتين الى شخصين مختلفين وقام كل من المشتريين باجراءات التسجيل الواجبة ، فان أسبقهما الى التسجيل — حتى وان كان تاريخ عقده لاحقاً لتاريخ العقد الآخر — تكون له الأفضلية على المشتري الآخر مما يخول له استرداد العقار المبيع من تحت يده اذا كان قد تسلمه ، لأنه بهذا التسجيل يكون هو صاحب حق الملكية على هذا العقار .

(٤) قصور ارادة الافراد عن ابتداع حقوق عينية غير تلك التي يعينها القانون ، وقدرتها على ذلك في الحقوق الشخصية: هذه النتيجة التي جرى جمهور الفقه في القديم والحديث على اعتبارها بعض آثار التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي ، قد ناهضها مع ذلك بعض الفقهاء بدعوى أن مبدأ سلطان الارادة يقضى بعدم قصر نطاقه على الحقوق الشخصية دون الحقوق العينية ، اذ ما دامت الارادة ملتزمة حدود النظام العام والآداب فهي قادرة على ابتداع ما تشاء من حقوق عينية وحقوق شخصية على السواء .

ويبدو أن هذا الرأي يغفل الاختلاف الجوهرى بين النوعين من الحقوق . فالحق العيني — كما سبق البيان — حق مطلق نظراً الى رابطة التسلط المباشرة التي ينشئها بين صاحبه ومحلّه ، بحيث يمكن الاحتجاج بمضمونه ومباشرة سلطاته مباشرة تنتج أثرها في مواجهة الناس كافة . أما الحق الشخصي ، فهو مجرد حق قاصر لا ينتج أثره أو يحتج به الا احتجاجاً نسبياً قبل شخص أو أشخاص معينين . ومن هنا، فيمتنع على ارادة الأفراد توليد حقوق عينية لم يقرها القانون ، بينما يكون لهذه

---

Derruppé, thèse précitée, Nos. 202-204. — Beudant et Voirin, (١)  
op. cit., No. 79.

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، هامش (٢) ، ص ٣٣ . — محمد علي عرفه ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٤ ص ٨ و ٩ .



الارادة - في حدود النظام العام والآداب - مطلق السلطان في توليد ما ترى توليده من الحقوق الشخصية .

ذلك أن المبدأ إذا كان هو اطلاق سلطان الارادة بحيث يكون كل اتفاق صحيحاً في حدود النظام العام والآداب ، الا أن الاتفاقات نسبية كما هي القاعدة المسلمة فلا تنصرف آثارها الى الغير . وذلك ما لا يستقيم مع صفة الاطلاق الثابتة للحقوق العينية بما تستتبعه من امكان الاحتجاج بها في مواجهة الكافة وسريانها في حق الغير ، وان كان يستقيم مع صفة النسبية الثابتة للحقوق الشخصية بما تستتبعه من قصر آثارها على شخص أو أشخاص معينين .

وفضلاً عن ذلك فان الحقوق العينية ذاتها متعلقة بالنظام العام بحيث لا يتصور أن يوجد مجال لسلطان ارادة الأفراد ازاءها .

فمن ناحية ، تعتبر الملكية - وهي أساس الحقوق العينية الأصلية - من الدعامات الرئيسية التي يقوم عليها بناء المجتمع الاقتصادي ، فتكون من هذا الوجه متعلقة بالنظام العام . أما بقية الحقوق العينية الأصلية ، فلا تعدو أن تكون قيوداً واردة على حق الملكية باعتبارها تجزئة واقتطاعاً مما يخوله هذا الحق للمالك من سلطات واسعة في الاستعمال والاستغلال والتصرف ؛ ومن هنا ، يكون الشأن في تقرير مثل هذه القيود من اختصاص المشرع وحده لمساسها مساساً خطيراً بحق الملكية وهو من النظام العام كما سبق البيان ، فلا يكون لارادة الأفراد سلطان في التخلص من بعض هذه القيود أو اضافة قيود أخرى اليها تحت ستار انشاء حقوق عينية أصلية جديدة ، والا تعرض الكيان الاقتصادي للمجتمع للانهدام (١) .

---

(١) في هذا المعنى :

Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 70.

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٤٦ و ٤٧ - شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فقرة ١٦



ومن ناحية أخرى ، فإن الحقوق العينية التبعية - وهي تمثل فكرة الائتمان والضمان في المعاملات - تعتبر في الصميم كذلك من النظام العام لاتصالها الوثيق بنظام المجتمع الاقتصادي . ولذلك يكون من الطبيعي أن ينفرد المشرع دون الأفراد بتقرير هذه الحقوق وتنظيمها التنظيم المتفق مع صالح المجتمع الاقتصادي « ١ » .

(٥) اعطاء الحق العيني الصفة المنقولة أو العقارية تبعاً لطبيعة محلها واعطاء الحق الشخصي الصفة المنقولة دائماً : الأصل أن الحقوق لا يمكن وصفها بأنها منقولة أو عقارية ، فصفة الثبات أو عدم الثبات إنما تصدق في شأن الأشياء المادية وحدها فهي التي يتصور استقرارها أو حركتها ، أما الحقوق وهي مجرد معاني تعبر عن سلطات ومكنات قانونية مختلفة تثبت للأشخاص ، فتستعصى بطبيعتها على الوصف بالثبات أو الحركة . ومع ذلك ، فقد جرى التقليد على مثل هذا الوصف ، بل وبسطه كذلك إلى ما يصحب الحقوق من دعاوى مختلفة .

ومن هذا القبيل ما ينص عليه المشرع المصري في المادة ٨٣ من التفنين المدني من أنه « (١) يعتبر مالا عقارياً كل حق عيني يقع على عقار بما في ذلك حق الملكية ، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار » (٢) . ويعتبر مالا منقولاً ما عدا ذلك من الحقوق المالية » .

ولئن كان مثل هذا المسلك التقليدي من وصف الحقوق والدعاوى بما تنصف به الأشياء من حركة أو ثبات ، مرجعه في الأصل إلى الخلط القديم الشائع بين الأشياء وبين الأموال أي الحقوق المالية ، إلا أنه

---

(١) في هذا المعنى :

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٤٧ .



يمكن مع ذلك تبريره في شأن الحق العيني خاصة . فلكون محل هذا الحق شيئاً من الأشياء مما ينشئ لصاحبه رابطة تسلط قانوني مباشر عليه ، ولكون الأشياء تختلف في طبيعتها من حيث الثبات أو الحركة الى عقارية ومنقولة فقد يكون من المقبول تعدى هذه الصفة الى الحقوق المنصبة عليها والدعاوى المرادفة لها ، بحيث توصف بأنها عقارية ما دام محلها شيئاً عقارياً أو بأنها منقولة ما دام محلها شيئاً منقولاً .

أما الحق الشخصي ، فقد يستعصى في المنطق وصفه بصفة العقار أو المنقول، ذلك أن محله ليس ، كالحق العيني، شيئاً من الأشياء يكون مكتسباً هذا الوصف فيصح تعديده الى ذات الحق ، وإنما محل الحق الشخصي - باعتباره مكوناً لرابطة اقتضاء - هو مجرد عمل من الأعمال ، وليس العمل بالذي يمكن وصفه بأوصاف الحركة أو الثبات ، فلا هو بالمنقول ولا بالعقار . ومع ذلك ، فكان من الطبيعي - وقد اندفع المشرع الى وصف الحق العيني بالصفة المنقولة أو العقارية تبعاً لطبيعة الشيء المنصب عليه - أن لا يترك الحق الشخصي مجرداً من كل وصف . ولما كان الأصل عند المشرع في تقسيم الأشياء بحسب ثباتها الى عقارات ومنقولات ، هو تعريف العقار وحده واعتبار كل ما عدا ذلك منقولاً كما سنرى من بعد ، فلم يكن بد - والعمل محل الحق الشخصي لا يمكن اعطاؤه وصف العقار - الا اعتباره منقولاً ، واعتبار الحق الشخصي المنصب عليه والدعوى الشخصية المستندة الى هذا الحق من قبيل المنقول كذلك .

وعلى هذا النحو ، فتحدد الصفة المنقولة أو العقارية للحق العيني رهن بطبيعة الشيء محل هذا الحق : فهو يعتبر حقاً عقارياً اذا كان واقعاً على عقار ، وحقاً منقولاً اذا كان واقعاً على منقول . ويراعى أن من الحقوق العينية ما لا يتصور الا عقارياً لأنه لا ينصب الا على العقارات وحدها ، كحق السكنى وحق الارتفاق وحق الحكر من



الحقوق العينية الأصلية ، وحق الرهن الرسمي وحق الاختصاص من الحقوق العينية التبعية . ومنها ما يتصور عقارياً أو منقولاً حسب الأحوال ، كالملكية والاتفاعة والاستعمال والرهن الحيازي والامتياز ، فكلها حقوق قد تقع على عقارات وقد تقع على منقولات ولذلك فهي تكتسب الصفة العقارية أو المنقولة تبعاً لهذا الاختلاف في طبيعة المحل .

وإذا كان الحق العيني يتصور عقارياً أو منقولاً حسب محله ، فالحق الشخصي على خلاف ذلك - ومحله مجرد عمل من الأعمال لا طبيعة منقولة أو ثابتة له - يعتبره المشرع دائماً منقولاً . وأمام صراحة نص المشرع على ذلك (م ٨٣/٢ مدني) ، لا يجوز بحال من الأحوال اعتبار الحق الشخصي عقارياً حتى ولو كان متعلقاً بشيء عقارى .

(٦) ينبغي أن يكون الشيء في الحق العيني - دون الحق الشخصي - حالاً ومعيناً بالذات : ما دام الحق العيني يتضمن رابطة بين شخص و شيء تخول للشخص تسلطاً قانونياً مباشراً على الشيء ، فلا يتصور اذن وجود الحق العيني الا بوجود محله وجوداً حالاً لا مستقبلاً ، فبدون وجود الشيء وجوداً محققاً لا يتصور قيام الحق العيني . ولا يكفي لقيام الحق العيني وجود الشيء وجوداً محققاً ، بل ينبغي فضلاً عن ذلك أن يكون هذا الشيء معيناً بالذات ، اذ لا بد أن يتحدد المحل الذي يقع عليه التسلط مباشرة تحديداً يعينه ويعزله عن غيره .

ولذلك تنص المادة ٢٠٤ من التقنين المدني على أن « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، اذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » . وتنص م ١/٢٠٥ على أنه « اذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين الا بنوعه فلا ينتقل الحق الا بافراز هذا الشيء » .



أما الحق الشخصى ، فلكون محله عملا من الأعمال لا شيئا من الأشياء لأنه يتضمن رابطة اقتضاء لا رابطة تسلط ، فان من المتصور وجود هذا الحق حتى ولو كان محله - وهو العمل - متعلقا بشيء من الأشياء المستقبلية أو من الأشياء المعينة بالنوع لا بالذات . ولذلك تنص المادة ١/١٣١ من التقنين المدنى على أنه - كقاعدة عامة - « يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا » . ولكن ثم استثناء يرد على هذه القاعدة خاص بالتعامل فى تركة انسان على قيد الحياة ، فهو تعامل باطل ولو كان برضاء الشخص المتعامل فى تركته ، الا فى الأحوال التى ينص عليها القانون ( م ٢/١٣١ ) .



## المبحث الثالث

### الحقوق الذهنية\*

Les droits intellectuels

٢٥٣ - ظهور طائفة الحقوق الذهنية وتصدى التشريعات الحديثة لتنظيم احكامها :

كان الفقه التقليدى جارياً على حصر الحقوق فى الأنواع المتقدمة . غير أن التطور لم يلبث أن أظهر حقوقاً ترد على نتاج الفكر والذهن لا تقل أهمية عن الحقوق التقليدية ، فاختار الفقه فى تكييفها وفى موضعها بين الحقوق وفقاً لمقاييسه التقليدية حيرة بانت فى الاختلاف حتى على تسميتها ، فعرفت تارة باسم « الملكية الأدبية أو الفنية أو الصناعية » ، وعرفت حيناً باسم « الحقوق المعنوية أو الأدبية » ، وعرفت أخيراً باسم « الحقوق الذهنية » .

### \* المراجع

Olangier, Le droit d'auteur, 2 vol., 1934. — Desbois, Le droit d'auteur, 1950. — Roubier, Le droit de la propriété industrielle, t. I, 1952.

Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, Nos. 158-165. — Bonnecase, op. cit., t. V, Nos. 348-389. — Dabin, op. cit., pp. 189-196. — Planiol, Ripert et Picard, op. cit., t. III, Nos. 573-579. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 3467 - 3485. — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 654 - 672.

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٤٩-٧١ . — شفيق شحاته ، الحق العينى، فقرات ١٥٧-١٧٥ . — شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص ١٤٧ - ١٥١ . — عبد المنعم البدر اوى ، شرح القانون المدنى فى الحقوق العينية الاصلية ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٦ ، فقرة ١٨٦ — فقرة ٢٠٤ . محمد على عرفه ، شرح القانون المدنى الجديد فى حق الملكية ، الجزء الاول ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٤ ، فقرات ٣٧١ - ٣٩٧ . — محمد كامل مرسى ، الحقوق العينية الاصلية ، ١٩٤٩ ، ج ٢ ، فقرات ١٨٥ - ٢١١ .



ويبدو أن التسمية الأخيرة هي التي كتب لها الشيوع والرواج في  
الفقه الحديث ، باعتبارها أقدر من غيرها على تجلية طبيعة هذه  
الحقوق التي ترد على خلق ذهني . فالمقصود بالحقوق الذهنية ذلك  
النوع من الحقوق الذي يرد على أشياء معنوية غير محسوسة من  
خلق الذهن وتنتاج الفكر ، فيثبت لصاحب الحق الذهني أو الفكري أبوة  
هذا الخلق ونسبته إليه وحده ، ويعطيه احتكار استغلاله استغلالاً مالياً  
يكفل له الحصول على ثمراته . ومن أظهر أمثلة الحقوق الذهنية  
حق المؤلف بالمعنى الضيق وحق المخترع وحق الملحن وحق الفنان —  
رساماً كان أو مصوراً أو مثلاً — في أبوة واستغلال ما ابتكروه من أفكار  
أو اكتشافات أو ألحان أو لوحات أو صور أو تماثيل . ولكن يعتبر  
كذلك من الحقوق الذهنية ، الحق الوارد على مقومات « المحل  
التجاري » المعنوية من اسم تجاري وعلامة تجارية وسعة  
وثقة عملاء .

غير أنه يراعى بصدد هذا الحق الأخير بالذات ، أن إدراجه تحت  
اصطلاح « الحقوق الذهنية » قد ينطوي على شيء من التجوز في التعبير ،  
حيث يتعلق الأمر في كثير من الأحوال بقيمة معينة من القيم تستميل العملاء  
إليها أكثر مما يتعلق بخلق فكري أو انتاج ذهني . ولذلك فإن بعض الفقهاء  
المحدثين يستبدل باصطلاح « الحقوق الذهنية » اصطلاح « الحقوق  
المتعلقة بالعملاء » ( droits de clientèle ) ، ويراه شاملاً لمثل هذا النوع من  
الحق بالذات ولبقية الحقوق التي يصدق عليها وصف الحقوق الذهنية  
على السواء ، باعتبار أنها تستهدف كلها إلى اجتذاب العملاء عن  
طريق ما تعطيه لأصحابها من احتكار استغلال معين «<sup>(١)</sup>» .

---

(١) انظر في ذلك :

Roubier, op. cit., No. 23.



وقد يكون في هذا الاصطلاح احاطة ببعض الحقوق التي ترد على أشياء معنوية لا تمثل خلقاً ذهنياً معيناً كالاسم التجاري والسمعة وثقة العملاء ، وحينئذ لا يوجد ثم ما يمنع من تقبل هذا الاصطلاح بشأنها . ولكن يراعى أنه في غير ذلك من الحقوق التي ترد على خلق ذهني كحق المؤلف أو الفنان على أفكاره أو آثاره الأدبية أو الفنية ، لا تكون العبرة في شأنها باجتناب العملاء واحتكار استغلال معين استغلالاً مالياً ، بقدر ما تكون بالتعبير عن اتجاه فكري أو ذهني معين لا يفصل عن شخصية صاحبه ، ولذلك لا نجد بديلاً عن اصطلاح « الحقوق الذهنية » في تسميتها والرمز اليها .

وأياً كان الرأي في شأن التمييز بين « الحقوق الذهنية » وبين « الحقوق المتعلقة بالعملاء » مما يبدو أثره في اختلاف كثير من القواعد التي تحكمهما ، فيبقى أن النوعين من الحقوق يشتركان في أن محلها هو دائماً الأشياء المعنوية دون الأشياء المادية ، وفي أنهما يخولان امتيازاً أو احتكار استغلال هذه الأشياء استغلالاً مالياً معيناً .

وقد عنت القوانين الداخلية لأغلب الدول الحديثة بتنظيم الحقوق الواردة على أشياء معنوية سواء كانت حقوقاً ذهنية أو حقوقاً متعلقة بالعملاء . بل إن الضرورة لم تلبث أن دعت إلى عقد اتفاقات دولية متعددة بقصد توحيد القواعد بشأنها وتنظيم حمايتها بحماية متبادلة من جانب كل دولة موقعة على هذه الاتفاقات . فأبرمت في ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٦ اتفاقية برن الخاصة بتنظيم حماية حقوق المؤلفين . وقد تناولها التعديل عدة مرات في مؤتمرات عقدت خصيصاً لذلك كان آخرها مؤتمر بروكسل المنعقد سنة ١٩٤٨ . وكذلك أبرمت في ٢٠ مارس سنة ١٨٨٣ اتفاقية باريس الخاصة بحماية الملكية الصناعية من علامات تجارية وبراءات اختراع ورسوم



ونماذج صناعية ، وتناولها التعديل كذلك أكثر من مرة .

أما القانون المصرى ، فقد أحجم فترة طويلة عن التدخل لتنظيم هذه الحقوق وكفالة حماية فعالة لها ، وإن لم يغفل الإشارة إليها والاحالة في شأنها الى قوانين خاصة تصدر منظمة لها . فقد كانت المادة ١٢ من التقنين المدنى القديم تنص على أن « يكون الحكم فيما يتعلق بحقوق المؤلف في ملكية مؤلفاته وحقوق الصانع في ملكية مصنوعاته حسب القانون الخاص بذلك » .

ورغم عدم صدور هذا القانون الخاص ، فلم تقعد مصر عن الاشتراك في كثير من المؤتمرات الدولية المنعقدة بغرض تنظيم وحماية الملكية الأدبية والملكية الصناعية ، ولكنه لم يكن اشتراكا ايجابيا بالتوقيع عما أسفرت عنه هذه المؤتمرات من اتفاقيات دولية . وإلى جانب ذلك ، فلم ينكل القضاء المصرى عن اصطناع الحماية القانونية الواجبة في هذا الشأن مستهديا في ذلك بعبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، ولكنها كانت حماية قاصرة محدودة أمام انعدام النص . ثم تمكن المشرع المصرى أخيراً من اقتحام هذا الميدان ، فأصدر القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ لحماية الحقوق المتعلقة بالعلامات والبيانات التجارية ، والقانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها الذى يتضمن نصوصا خاصة بمقومات المحل التجارى المعنوية ، والقانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ الخاص ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية .

وبقيت حقوق المؤلف وحدها دون تنظيم تشريعى كامل يوفر لها الحماية القانونية اللازمة وذلك رغم صدور التقنين المدنى الجديد ، اذ حرص هذا التقنين على سلوك مسلك التقنين المدنى القديم من جعل مثل



هذا التنظيم — كغيره مما يتعلق بالملكية الصناعية — محلاً لقوانين خاصة تصدر في هذا الشأن بنصه على أن « الحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة » ( م ٨٦ ) • وظل المشروع الخاص بحماية حقوق المؤلف يتعثّر في الصدور منذ ذلك حتى أتيح إصداره في ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٤ بمقتضى القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ «<sup>١</sup>» •

ويعنينا في شأن تبين معيار وطبيعة الحقوق الواردة على أشياء غير مادية ومكانها بين الحقوق ، أن تقتصر منها على الحقوق الذهنية بالمعنى الدقيق وهى حقوق المؤلف ، ذلك أن غيرها من الحقوق المتعلقة بالعملاء والخاصة ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات والبيانات التجارية ومقومات المحل التجارى المعنوية لها ما يميزها من صفتها التجارية والاقتصادية من ناحية ؛ وأن حقوق المؤلف ، من ناحية ثانية ، هى التى تتبدى فيها بجلاء الطبيعة الخاصة بالحقوق الذهنية الواردة على خلق فكرى معين فيما يتعلق أساساً بالناحية المعنوية «<sup>٢</sup>» والتى تختلف اختلافاً بيناً — كما سنرى — عن طبيعة الحقوق العينية •

#### ٢٥٤ — معيار الحقوق الذهنية

إذا كان القانون قد أصبح يشمل الحقوق الذهنية بحمايته ، فيجب السوقوف على معيار هذه الحقوق لتحديد أصحابها المستفيدين من هذه الحماية وهم من يتوافر فيهم وصف « المؤلف » • والواقع أن المقصود بالمؤلف معنى أوسع بكثير من مجرد المعنى الضيق له المنحصر فى كل شخص

---

(١) الوقائع المصرية فى ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٤ ، العدد ٤٩ مكرر •

(٢) انظر خاصة ، فيما يميز حقوق المؤلف عن الحقوق المتعلقة بالعملاء من خصائص ذاتية :

Desbois, op. cit., No. 262.



يعبر عن آرائه ويبسطها في كتاب ؛ فهو يعنى كل شخص ينتج انتاجاً ذهنياً أو خلقاً فكرياً أياً كان نوعه وطريقة التعبير عنه ما دام هذا الانتاج أو الخلق ينطوى على قدر معين من الابتكار . ولذلك فعنصر الابتكار هو المعيار الأساسى للحقوق الذهنية أو حقوق المؤلف ، وهذا ما عناه المشرع المصرى فى قانون « حماية حق المؤلف » بقوله انه يتمتع بحماية هذا القانون مؤلفوا المصنفات المبتكرة » ( م ١ / ١ ) .

وليس المقصود بالابتكار هو اختراع أفكار وآراء غير معروفة من قبل - فالأفكار والآراء دائماً مطروقة معروفة ومتداولة بين الناس على اختلاف الزمان والمكان - وانما المقصود بالابتكار أن يتميز الانتاج الفكرى أو الخلق ذهنى بطابع معين يبرز شخصية معينة لصاحبه «<sup>١</sup>» سواء فى جوهر الفكرة المعروضة أو فى مجرد طريقة العرض أو التعبير أو الترتيب أو التبويب أو الأسلوب .

وعلى ذلك ، ينبغى اعتبار المترجم الذى يقوم بترجمة مصنف من المصنفات من لغته الأصلية الى لغة أخرى مؤلفاً بالمعنى المقصود بالحماية القانونية «<sup>٢</sup>» ما دامت ترجمته لهذا المصنف تبرز شخصيته الخاصة فى تخير اللفظ وتماسك الأسلوب والتصرف فى التعبير بما يوافق المعنى الأصلى اذا كان من شأن الترجمة الحرفية للألفاظ تشويه هذا المعنى أو تحريفه . ومن باب أولى ينبغى أن تشمل الحماية من يبدل - فى سبيل نقل مصنف الى لغة أخرى - جهداً أكبر من مجرد الترجمة ، سواء كان ذلك بتلخيصه أو بالتصرف فى عرضه أو التعليق على مضمونه،

---

(١) راجع فى ذلك خاصة :

Desbois, op. cit., Nos. 5 et s.

(٢) انظر فى ذلك :

Desbois, op. cit., Nos. 32-34.



اذ في ذلك كله ابتكار معين يستحق حماية القانون . وقد أحسن قانون حماية حق المؤلف برفع كل شك قد يثور في شأن شمول المصنفات المترجمة وما يشابهها بالحماية الواجبة ، فنص صراحة في الفقرة الأولى من المادة الثالثة منه على أنه « يتمتع بالحماية من قام بترجمة المصنف الى لغة أخرى أو بتحويله من لون من ألوان الآداب أو الفنون أو العلوم الى لون آخر ، أو من قام بتلخيصه أو بتحويله أو بتعديله أو بشرحه أو بالتعليق عليه بأي صورة تظهره في شكل جديد ، وذلك كله مع عدم الاخلال بحقوق مؤلف المصنف الأصلي » .

وينبغي كذلك بسط الحماية القانونية على ما يقوم به بعض الأفراد من تجميع معين لمختارات من الشعر أو النثر أو الموسيقى ، أو من تجميع للأحكام القضائية أو القوانين أو اللوائح المعمول بها ، اذا كان هذا التجميع لا يقتصر جهد الجامع فيه على مجرد عمل مادي آلي بل يتميز بما يكشف عن ابتكاره أو جهده الشخصي ، فيتميز مثلاً بذوق معين في اختيار مجموعات الآداب أو الفنون ، أو بترتيب معين لعرض الأحكام أو القوانين أو اللوائح أو بتمهيد لها أو تعليق أو تعقيب عليها « ١ » .

( م ٤ / فقرة أخيرة من قانون حماية حق المؤلف ) .

ومتى توافر عنصر الابتكار في الانتاج أو الخلق الذهني على هذا النحو ، اعتبر صاحبه مؤلفاً يتمتع بحماية القانون عن طريق الاعتراف له — على انتاجه أو خلقه — بحق معنوي وحق مالي على السواء « ٢ » ، وذلك

(١) انظر في هذا المعنى :

Desbois, op. cit., Nos. 56

(٢) عزز المشرع هذه الحماية كذلك بفرض جزاءات جنائية على الاعتداء على حقوق المؤلف ، اذ تنص المادة ٤٧ من قانون حماية حق المؤلف على أن « يعتبر مكوناً لجريمة التقليد ويعاقب عليه بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تزيد على مائة جنيه كل من ارتكب أحد الأفعال الآتية :

( اولا ) من اعتدى على حقوق المؤلف المنصوص عليها في المواد ٥ و ٦

و ٧ فقرة أولى وثالثة من القانون .



أيا كان نوع هذا الانتاج أو الخلق الذهني ، وأيا كانت قيمته من الناحية الأدبية أو العلمية أو الفنية « ١ » ، وأيا كانت طريقة التعيين عنه بالكتابة أو الالقاء أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة . وقد نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون حماية حق المؤلف بقولها « يتمتع بحماية هذا القانون مؤلفوا المصنفات المبتكرة في الآداب والفنون والعلوم أيا كان نوع هذه المصنفات أو طريقة التعبير عنها أو أهميتها أو الغرض من تصنيفها » . وضربت المادة الثانية أمثلة كثيرة لأنواع المصنفات التي تشملها الحماية القانونية والتي يختلف مظهر التعبير عنها اختلافا كبيرا بحسب طبيعتها « ٢ » .

( ثانيا ) من باع مصنفا مقلدا أو من أدخل في القطر المصري دون اذن المؤلف أو من يقوم مقامه ، مصنفات منشورة في الخارج وتشملها الحماية التي يفرضها هذا القانون .

( ثالثا ) من قلد في مصر مصنفات منشورة بالخارج وكذا من باع هذه المصنفات أو صدرها أو تولى شحنها الى الخارج .

وفي حالة العود ، يحكم على الجاني بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة شهور وبغرامة لا تزيد على ثلاثمائة جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين . كما يجوز للمحكمة ، في حالة العود ، الحكم بغلق المؤسسة التي استغلها المقلدون أو شركائهم في ارتكاب فعلهم لمدة معينة أو نهائيا .

ويجوز للمحكمة أن تقضى بمصادرة جميع الأدوات المخصصة للنشر غير المشروع ، الذي وقع بالمخالفة لأحكام المواد ٥ و ٦ و ٧ فقرة أولى وثالثة ، التي لاتصلح الا لهذا النشر ، وكذلك مصادرة جميع النسخ المقلدة .

كما يجوز لها أن تأمر بنشر الحكم في جريدة واحدة أو أكثر علم ، نفقة المحكوم عليه » .

(١) راجع في تفصيل ذلك :

Desbois, op. cit., Nos. 50, 52, 53.

(٢) تنص المادة الثانية على ما يأتي: « تشمل هذه الحماية بصفة خاصة مؤلفي: المصنفات المكتوبة، المصنفات الداخلة في فنون الرسم والتصوير بالخطوط والألوان أو الحفر أو النحت أو العمارة، المصنفات التي تلقى شفويا كالمحاضرات والخطب والمواظ وما يماثلها ، المصنفات المسرحية والمسرحيات الموسيقية ، المصنفات



## ٢٥٥ - أصحاب الحقوق الذهنية

إذا كان معيار الحق الذهني هو الابتكار كما رأينا ، وكان صاحبه أو المؤلف بالتالي هو المبتكر ، فواضح أن تحديد المؤلف صاحب هذا الحق يكون يسيراً إذا كان فرداً واحداً . ويستخلص المشرع من نشر المصنف منسوباً الى شخص معين - سواء بذكر اسمه على المصنف أو بأي طريقة أخرى - قرينة قانونية على اعتباره هو المؤلف صاحب الحق الذهني عليه ، وإن كانت هذه القرينة غير قاطعة يجوز اقامة الدليل على عكسها ( م ١/٢ من قانون حماية حق المؤلف ) . فإذا أقيم مثل هذا الدليل وتعين المؤلف الحقيقي المستتر ، ثبتت له وحده - دون المؤلف الظاهر المسمى - صفة المؤلف وسلطات الحق الذهني . ولكن تحديد صفة المؤلف وتعيين من له مباشرة سلطات الحق الذهني ، يحتاج الى بعض الدقة في صورتى المصنف المشترك والمصنف الجماعي .

(١) المصنف المشترك (١): هو الذى يتعاون على اخراجه ويشترك فى ابتكاره أكثر من شخص واحد . وهنا يكون من الطبيعى اسناد الحق الذهني

---

الموسيقية سواء اقترنت بالالفاظ أو لم تقترن بها ، المصنفات الفوتوغرافية والسينمائية ، الخرائط الجغرافية والمخطوطات ( الرسوم الكروكية ) المصنفات الجسممة المتعلقة بالجغرافيا أو الطبوغرافيا أو العلوم ، المصنفات التى تؤدى بحركات أو خطوات وتكون معدة مادياً للاخراج ، المصنفات المتعلقة بالفنون التطبيقية ، المصنفات التى تعد خصيصاً أو تداع بواسطة الاذاعة للاسلكية أو التليفزيون ، وتشمل الحماية بوجه عام مؤلفى المصنفات التى يكون مظهر التعبير عنها الكتابة أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة . وتشمل الحماية كذلك عنوان المصنف إذا كان متميزاً بطابع ابتكارى ولم يكن لفظاً جارياً للدلالة على موضوع المصنف .

(١) راجع فى ذلك خاصة :

Desbois, op. cit. Nos. 170 et s.

محمد على عرفه ، المرجع السابق ، فقرة ٣٩١ .



الى كل المشتركين • ولكن من الواضح أن اشتراكهم في ابتكار معين ، لا بد أن يلقى على عاتقهم التزامات متبادلة تقيد من قدرة مباشرة كل منهم على حدة لسلطات هذا الحق •

١ - فإذا كان اشتراكهم اشتراكا مختلطاً لا يتميز فيه نصيب كل منهم في العمل المشترك ولا يمكن فصله عن نصيب الآخرين ، اعتبروا جميعاً أصحاب الحق الذهني على المصنف المشترك ، واعتبر اشتراكهم فيه في الأصل بالتساوي ، بحيث يجب توافر اجماعهم لمباشرة سلطات الحق الذهني «١» ، والا تولى القضاء الفصل فيما يقع بينهم من خلاف ( م ٢٥ من قانون حماية حق المؤلف ) • وواضح أن اعتبار المشتركين جميعاً أصحاب الحق الذهني بالتساوي ، مرجعه تعذر تحديد نصيب كل منهم لاستحالة فصله وتمييزه «٢» ؛ وهو ما يوجب كذلك عدم تغليب بعضهم على البعض في مباشرة سلطات هذا الحق ورهن هذه المباشرة باتفاقهم الجماعي •

٢ - أما إذا كان اشتراك كل منهم يندرج تحت نوع مختلف من الفن أو العلم مما يتيح تمييز نصيب كل منهم وفصله عن نصيب الآخرين ، فواضح أنه يجب الاعتراف لكل منهم على حدة بحقه الذهني على نصيبه المتميز ، بحيث يكون له في الأصل - إلا إذا وجد اتفاق مخالف - الحق في الانفراد باستغلال الجزء الذي ساهم به على حدة • ولكن مباشرة حقه على هذا الجزء باستغلاله خاصة ، لا بد وأن تتقيد باحترام المصنف المشترك والغاية المشتركة من ابتكاره واخراجه على هذا النحو الذي تتآزر فيه جهود المؤلفين المشتركين ؛ ولذلك يجب أن لا يكون من شأن استغلال هذا الجزء منفصلاً الاضرار باستغلال المصنف الأصلي المشترك ( م ٢٦ من قانون حماية حق المؤلف ) •

---

(١) ومع ذلك ، يكون « لكل من المشتركين في التأليف ، الحق في رفع الدعاوى عند وقوع أى اعتداء على حق المؤلف » ( م ٢٥ من القانون ) •  
(٢) المذكرة الايضاحية لقانون حماية حق المؤلف ، النشرة التشريعية ، يونيه ١٩٥٤ ، ص ١٣٢٩ •



والأصل أن ثبوت الحق الذهني لكل من المؤلفين المشتركين على الجزء المتميز الذي ساهم به في المصنف لا يعطيه حقاً استثنائياً على المصنف المشترك في مجموعته ، بل يثبت الحق الذهني على مجموع هذا المصنف لجميع الشركاء دون تمييز أو تفضيل مما يتطلب اتفاقهم الاجماعي في شأن مباشرة سلطات هذا الحق على هذا المجموع . ومع ذلك ، فثم مصنفات مشتركة يكون شرط معين منها هو الأساس والباقي هو الثانوي . وتفاوت الأهمية بين الشطرين في مثل هذه الصورة من المصنف المشترك ، هي التي حدت بالمشرع المصري الى الخروج على الأصل وتفضيل صاحب الشرط الأساسي ، بتمكينه من الانفراد بمباشرة الحق الذهني على مجموع المصنف المشترك دون حاجة الى موافقة صاحب الشرط المساعد أو الثانوي ، ولكن مع حفظ حق هذا الأخير في الحصول على نصيبه من الربح ، وحقه في نشر الشرط الذي يخصه واستغلاله منفصلاً مادام هذا الشرط لا يتخذ أساساً لمصنف يشابه المصنف المشترك بحيث يكون وسيلة لمزاحمته .

ولذلك ففي صورة مصنفات الموسيقى الغنائية المشتركة « يكون لمؤلف الشرط الموسيقى وحده الحق في الترخيص بالأداء العلني للمصنف كله أو بتنفيذه أو نشره أو بعمل نسخ منه ، مع عدم الاخلال بحق مؤلف الشرط الأدبي . ويكون لمؤلف الشرط الأدبي الحق في نشر الشرط الخاص به وحده ، على أنه لا يجوز له التصرف في هذا الشرط ليكون أساساً لمصنف موسيقى آخر ، ما لم يتفق على غير ذلك » ( م ٢٩ ) .

وأما « في المصنفات التي تنفذ بحركات مصحوبة بالموسيقى ، وفي الاستعراضات المصحوبة بموسيقى ، وفي جميع المصنفات المشابهة » التي لا يكون الشرط الموسيقى فيها هو الأساسي ، « فيكون لمؤلف الشرط غير الموسيقى ، الحق في الترخيص بالأداء العلني للمصنف المشترك كله أو بتنفيذه أو بعمل نسخ منه . ويكون لمؤلف الشرط الموسيقى حق



التصرف في الموسيقى وحدها ، بشرط ألا يستعمل في مصنف مشابه للمصنف المشترك ، ما لم يتفق على غير ذلك » ( م ٣٠ ) .

وفي المصنفات السينمائية أو المعدة للإذاعة اللاسلكية أو التلفزيون « ١ » ، يكون لمؤلف السيناريو ولمن قام بتحرير المصنف الأدبي ولمؤلف الحوار وللمخرج مجتمعين ، الحق في عرض المصنف المشترك رغم معارضة واضع المصنف الأدبي الأصلي أو واضع الموسيقى ، وذلك مع عدم الإخلال بحقوق المعارض المترتبة على الاشتراك في التأليف . ولمؤلف الشرط الأدبي أو الشرط الموسيقى ، الحق في نشر مصنفه بطريقة أخرى غير السينما أو الإذاعة اللاسلكية أو التلفزيون ، ما لم يتفق على غير ذلك ( م ٣٢ ) .

(١) حدد المشرع من تثبت له صفة المؤلف صاحب الحق الذهني في المصنفات السينمائية وما يشابهها ، بنصه في المادة ٢١ من قانون حماية حق المؤلف على أن « يعتبر شريكا في تأليف المصنف السينمائي أو المصنف المعد للإذاعة اللاسلكية أو التلفزيون : ( أولا ) مؤلف السيناريو أو صاحب الفكرة الأدبي الموجود بشكل يجعله ملائما للفن السينمائي . ( ثانيا ) مؤلف الحوار المكتوبة للبرنامج الإذاعي أو التلفزيوني . ( ثانيا ) من قام بتحرير المصنف ( رابعا ) واضع الموسيقى إذا قام بوضعها خصيصا للمصنف السينمائي . ( خامسا ) المخرج إذا بسط رقابة فعلية وقام بعمل إيجابي من الناحية الفكرية لتحقيق المصنف السينمائي . - وإذا كان المصنف السينمائي أو المصنف المعد للإذاعة اللاسلكية أو التلفزيون مبسوطا أو مستخرجا من مصنف آخر سابق عليه يعتبر مؤلف هذا المصنف السابق مشتركا في المصنف الجديد » . وبذلك خرج المنتج من عداد المؤلفين المشتركين في المصنف السينمائي واعتبر مجرد ناشر له ( م ٣٤ ) .

انظر ، خاصة ، في المصنف السينمائي وتحديد مؤلفيه وحقوقهم :

Desbois, op. cit., Nos. 181 et s.

طه بدوي ، المصنفات السينماتوغرافية والحقوق الخاصة بمؤلفيها ، ١٩٤٨ . - محمد علي عرفه ، المرجع السابق ، فقرة ٣٩٤ .



(٢) المصنف الجماعى (١) : عرفت الفقرة الأولى من المادة ٢٧ من قانون حماية حق المؤلف المصنف الجماعى بأنه « هو المصنف الذى يشترك فى وضعه جماعة بتوجيه شخص طبيعى أو معنوى يتكفل بنشره تحت ادارته وباسمه ويندمج عمل المشتركين فيه فى الهدف العام الذى قصد اليه هذا الشخص الطبيعى أو المعنوى بحيث لا يمكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حدة » . وواضح من ذلك، أنه لا يكفى لاعتبار المصنف جماعياً، تضافر جهود جماعة من الأفراد على وضع مصنف ما والا يجب اعتباره حينئذ مصنفاً مشتركاً ، بل ينبغى — فضلاً عن ذلك — أن يكون وضعهم لهذا المصنف بأمر أو توجيه شخص آخر طبيعى أو معنوى بحيث يتم وضعه فى الأصل لحسابه ويندمج عمل المساهمين فى وضعه فيما يقصد اليه هذا الشخص بذلك من هدف ، وأن لا يمكن تمييز نصيب كل مساهم وقدر اسهامه فى هذا المصنف عن نصيب الباقيين . ومن أمثلة المصنفات الجماعية المصنفات التى توجه الدولة الى وضعها تحقيقاً لغرض معين تقرأ من موظفيها أو غيرهم من المتخصصين فى علم أو فن معين ، بحيث ينشر باسمها لا باسمهم ويستحيل تمييز نصيب كل منهم فيها على حدة .

والأصل أنه ينبغى الاعتراف بصفة المؤلف صاحب الحق الذهنى للأفراد الذين تآزرروا على وضع المصنف وحدهم لأنه من خلقهم وابتكارهم، لا للشخص الطبيعى أو المعنوى الذى وجههم الى وضعه دون أن يقدم فى ذلك أية مساهمة فكرية أو ذهنية . واذا كان من المتصور أن يتنازل المؤلف الحقيقى صاحب الابتكار عن سلطته المالية فى احتكار استغلال مصنفه الى الغير ، فان تنازله عن سلطاته المعنوية غير متصور نظراً لاتصالها الوثيق بشخصيته وخروجها بالتالى عن دائرة التعامل . ولذلك فالمبدأ أن مؤلفى المصنف الجماعى يملكون التنازل عن حقوقهم

---

(١) راجع فى ذلك خاصة :

Desbois, op. cit., Nos. 153-168.

محمد على عرفه ، المرجع السابق ، فقرة ٣٩٢ .



المالية الى الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي وجه الى وضع هذا المصنف ، ولكنهم لا يملكون التنازل عن حقوقهم المعنوية في الابتكار وفي أبوته الى مثل هذا الشخص ، بل يظل وصف المؤلف ثابتا لهم وحدهم دونه .

ورغم هذه الاعتبارات القانونية ، فإن المشرع المصري - اعتداداً باعتبارات العمل - قد خرج على هذا الأصل واعترف بوصف المؤلف لمن وجه الى وضع المصنف الجماعي لا لمن قاموا فعلاً بوضعه وابتكاره ، اذ تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٧ من قانون حماية حق المؤلف على أن « يعتبر الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي وجه ابتكار هذا المصنف ونظمه مؤلفاً ، ويكون له وحده الحق في مباشرة حقوق المؤلف » . ولذلك يجب أن يؤخذ اعطاء مثل هذا الشخص وصف المؤلف على أنه استثناء محض مقام على أساس الافتراض ، بقصد تفادي ما ينشأ من صعوبات عن تدخل المؤلفين الحقيقيين الأصليين مما قد يهدد الهدف المقصود من التوجيه الى وضع مثل هذا المصنف الجماعي « ١ » . ولكن يظل الشك محيطاً بقيمة هذا الافتراض كوسيلة لحماية هذا الهدف .

## ٢٥٦ - طبيعة الحقوق الذهنية

ذهب الفقه والقضاء أول الأمر الى تكييف الحقوق الذهنية باعتبارها حقوقاً عينية والى وصفها بأنها حقوق ملكية أشياء معنوية على نسق ملكية الأشياء المادية .

ولكن مثل هذا التكييف ما لبث أن انتقد انتقاداً شديداً في الفقه : فهو من ناحية ، يخرج اصطلاح « الملكية » عن مدلوله الفني

---

(١) في هذا المعنى :

Desbois, op. cit., No. 168.

وانظر كذلك في انتقاد هذا الوضع :

محمد علي عرفه ، المرجع السابق ، فقرة ٣٩٢ ، ص ٥٤٧ ، ٥٤٨ .



التقليدى كحق يرد على الأشياء المادية وحدها . وهو ، من ناحية ثانية ، يتعارض مع خصيصة التأيد والدوام الملازمة لحق الملكية ، ذلك أن احتكار الاستغلال الذى تخوله الحقوق الواردة على خلق ذهنى أو فكرى إنما هو احتكار مؤقت بمدة معلومة يحددها القانون . وهو من ناحية أخرى ، يتعارض مع ما يكون للمالك من قدرة الاستئثار وحده باستعمال الشيء المملوك — إذا أراد — دون تمكين أحد غيره من مثل هذا الاستعمال ، ذلك أنه من غير المتصور قصر استعمال الحقوق الذهنية على أصحابها دون غيرهم ، لأن استغلالها استغلالاً مالياً يفترض جعلها فى متناول الجمهور وتمكينه من استعمالها .

وهذا التكييف أخيراً لا يتفق مع الطبيعة المالية الخالصة الثابتة لحق ملكية الأشياء المادية ، ففى الحقوق الذهنية جانب معنوى غير مالى يتصل أوثق الاتصال بشخصية صاحب الخلق أو النتاج الفكرى مما ينعكس أثره انعكاساً ظاهراً على استغلال هذا الخلق أو النتاج استغلالاً مالياً «<sup>١</sup>» .

من أجل ذلك ، انصرف الفقه المعاصر فى مجموعته عن تكييف الحقوق الذهنية بأنها حقوق ملكية «<sup>٢</sup>» ، واتجه الى تكييفها بأنها

(١) انظر، بصفة خاصة، فى بسط الانتقادات التى ترد على تكييف الحقوق الذهنية بأنها حقوق ملكية :

Desbois, op. cit., Nos. 232, 233. — Roubier, op. cit., No. 21.

(٢) راجع فى ذلك :

Desbois, ibid. — Roubier, ibid. — Planiol, Ripert et Picard, op. cit., t. III, No. 574. — Beudant et Voirin, t. IV, op. cit., No. 161.

محمد على عرفه ، المرجع السابق ، فقرة ٣٧٦ . عبد المنعم البدر اوى ، المرجع السابق ، فقرة ١٨٩ .  
ولكن انظر عكس ذلك :

Bonnecase, op. cit. t. V, No. 388. — Chauveau, article précité, pp. 561, 562.

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٧٠ و ٧١ . — محمد كامل مرسى ، المرجع السابق ، الجزء الثانى ، فقرة ١٩٠ .



حقوق من نوع خاص ذات طبيعة مزدوجة تجمع بين حقين مختلفين :  
حق معنوى يعبر عن أبوة صاحبها لخلقها وتناجه الفكرى ، وحق مالى  
يعبر عن احتكاره استغلال هذا الخلق والنتاج استغلالاً مالياً .

ونجد صدى هذا التطور الفقهى فى تكييف الحقوق الذهنية  
واضحاً فى القانون المصرى ، فبعد أن كان التقنين المدنى القديم  
يحتسبها من حقوق الملكية بنصه صراحة على أن « يكون الحكم  
فيما يتعلق بحقوق المؤلف فى ملكية مؤلفاته ... حسب القانون الخاص  
بذلك » ، اكتفى التقنين المدنى الجديد بالنص على أن « الحقوق التى ترد  
على شئ غير مادى تنظمها قوانين خاصة » . وبذلك أظهر المشرع المصرى  
بجلاء اعراضه عن التكييف القديم للحقوق الذهنية بأنها حقوق ملكية  
أشياء معنوية . ثم جاء القانون الأخير الخاص بحماية حق المؤلف ،  
فأفصح بجلاء عن طبيعته المزدوجة وما تعطيه للمؤلف من حق معنوى  
وحق مالى على السواء .

من أجل ذلك ينبغى أن نعرض لكل من هذين الحقين ومدى الارتباط  
القائم بينهما ، حتى ينكشف بذلك - فضلاً عما قدمنا من أدلة  
على خطأ وصف الحقوق الذهنية بأنها حقوق ملكية - اختلاف  
طبيعة الحقوق الذهنية عن طبيعة الحقوق العينية اختلافاً كبيراً لا يدع  
مجالاً للخلط بينهما .

#### ٢٥٧ - الحق المعنوى

يعبر هذا الحق عن الصلة الوثيقة القائمة بين النتاج الفكرى أو الخلق  
الذهنى وبين شخص خالقه ومبتكره ، أو بين المصنف وبين مؤلفه . فلهذا  
الخالق أو المبتكر أو المؤلف أبوة فكرية على مصنفه أو أثره الأدبى  
أو الفنى . وهذه الأبوة الفكرية هى التى تخول لصاحب الحق ذهنى



أو المؤلف - وآثاره الأدبية أو الفنية أو مصنفاته ليست إلا البعاً من شخصيته وانعكاساً لها - هيمنة كاملة على هذه الآثار أو المصنفات من ناحية ، وتسبغ عليها احتراماً وحماية لها من كل عبث أو اعتداء أو اغتصاب من ناحية أخرى . فالمقصود إذن من الحق المعنوي التعبير عما لصاحب الحق الذهني أو المؤلف من مصلحة روحية في تأكيد أبوته وسلطته على آثاره الذهنية ، وفي كفالة الاحترام لها بوصفها امتداداً لشخصيته ، وبذلك يخول له هذا الحق سلطات مختلفة نذكر أهمها فيما يلي :

(١) يعطى الحق المعنوي للمؤلف سلطة تقديرية بشأن نشر مصنفه أو تقديمه الى الجمهور «<sup>١</sup>» ، ذلك أن هذا المصنف ليس إلا جانباً من جوانب شخصيته هو الجانب الذهني أو الفكري ، فيكون هو صاحب السلطة في تقدير مدى صلاحية هذا الجانب للنشر أو العرض أو الاعلان أو الاذاعة . وقد نص قانون حماية حق المؤلف على هذه السلطة التقديرية بقوله « للمؤلف وحده الحق في تقرير نشر مصنفه وفي تعيين طريقة هذا النشر » ( م ١/٥ ) .

وبمقتضى هذه السلطة التقديرية يكون للمؤلف الحق في الامتناع عن اخراج مصنفه وتقديمه الى الجمهور اذا وجدت اعتبارات أو مبررات تدعوه الى ذلك ، بأن قدر ضرورة هذا الامتناع للمحافظة على سمعته الأدبية أو الفنية أو العلمية اذا لم يكن راضياً عن اتجاhe الفكري . ولكن يراعى أن امتناعه هذا قد يربط مسؤوليته عما يصيب الغير من أضرار ، وهو ما يتحقق في حالة تنازله مقدماً وقبل تمام مصنفه عن حق استغلاله استغلالاً مالياً الى شخص آخر ؛ فان حقه في الامتناع عن تسليم المصنف الى المستغل

---

(١) انظر في ذلك خاصة :

Desbois, op. cit., Nos. 530 et s.



يجب أن يقابله واجبه في تعويض المستغل عما يلحقه من أضرار وخسائر من جراء هذا الامتناع .  
وإذا استعمل المؤلف سلطته التقديرية فقام بنشر مصنفه أو تقديمه الى الجمهور ، فالأصل أنه لا يجوز للغير — دون اذن من المؤلف ودون تعويضه — أن يقوم من جانبه بتكرار هذا النشر أو التقديم ولو بطريقة أخرى . ورغم ذلك ، فقد ترخص المشرع في الخروج على هذا الأصل مراعاة لما يقتضيه الصالح العام من « تيسير سبل الثقافة والتزود من ثمار العقل البشري » (١) .

ومن قبيل ذلك أن بعض الآثار الذهنية قد تكون مهياة بحسب الغرض منها لتمكين الغير من اعادة نشرها واذاعتها دون استئذان مؤلفيها أو تعويضهم ، كالأثار التي تلقى في اجتماعات أو جلسات علنية عامة موجهة الى الكافة . ولذلك تقضى المادة ١٥ من قانون حماية حق المؤلف بأنه « يجوز — دون اذن المؤلف — أن ينشر ويذاع على سبيل الاخبار الخطب والمحاضرات والأحاديث التي تلقى في الجلسات العلنية للهيئات التشريعية والادارية والاجتماعات العلمية والأدبية والفنية والسياسية والاجتماعية والدينية ، مادامت هذه الخطب والمحاضرات والأحاديث موجهة الى العامة . — ويجوز أيضاً — دون اذن منه — نشر ما يلقي من مرافعات قضائية علنية في حدود القانون » .

وكذلك فإن قيام الغير باعادة نشر بعض المصنفات قد لا يكون مقصوداً من ورائه الحصول على مقابل مالى فضلاً عن تحقيقه لأغراض

---

(١) المذكرة الايضاحية لقانون حماية حق المؤلف ، النشرة التشريعية ، العدد السابق ، ص ١٣٢٤ .



ثقافية خاصة أو عامة ، فلا يوجد حينئذ مبرر يدعو المؤلف — وليس ثم ضرر يصيبه — الى منع الغير من ذلك أو اقتضائه تعويضاً عنه . ولهذا تقضى المادة ١١ من قانون حماية حق المؤلف بأنه « ليس للمؤلف بعد نشر مصنفه أن يمنع إيقاعه أو تمثيله أو القاءه في اجتماع عائلي أو في جمعية أو منتدى خاص أو مدرسة ، ما دام لا يحصل في نظير ذلك رسم أو مقابل مالى . — ولموسيقى القوات العسكرية وغيرها من الفرق التابعة للدولة أو الأشخاص العامة الأخرى الحق في إيقاع المصنفات من غير أن تلزم بدفع أى مقابل عن حق المؤلف ، ما دام لا يحصل في نظير ذلك رسم أو مقابل مالى » . وكذلك اذا قام شخص — لاستعماله الشخصى — بعمل نسخة واحدة من مصنف ثم نشره ، فلا يترتب على ذلك اضرار بالمؤلف ، ولذلك لا يجوز له أن يمنعه من ذلك ( م ١٢ ) .

وتمكينا لحرية نقد الآراء ومناقشتها ، وللوسائل الاخبارية المختلفة — كالصحافة خاصة — من أداء وظيفتها ، « لا يجوز للمؤلف بعد نشر المصنف حظر التحليلات والاقتباسات القصيرة ، اذا قصد بها النقد أو المناقشة أو الاخبار ، مادامت تشير الى المصنف واسم المؤلف اذا كان معروفاً » ( م ١٣ ) . و « يجوز للصحف أو النشرات الدورية أن تنشر مقتبساً أو مختصراً أو بياناً موجزاً من المصنفات أو الكتب أو الروايات أو القصص بغير اذن من مؤلفيها وبغير اقتضاء المدة المنصوص عليها بالمادة الثامنة من هذا القانون » ( م ١٤/٢ ) ، وهى مدة الخمس سنوات التى تنتهى بانقضاءها حماية حق المؤلف وحق من ترجم مصنفه الى لغة أجنبية أخرى في ترجمة ذلك المصنف الى اللغة العربية .

ورعاية للثقافة العامة ونشرها على أوسع نطاق ، أعطى المشرع للهيئات الرسمية المنوط بها الاذاعة اللاسلكية الحق في اذاعة المصنفات التى تعرض أو توقع في المسارح أو في أى مكان عام آخر دون اذن مؤلفيها أو موافقة أصحاب هذه الأماكن، وعلى مديرى هذه الأماكن



تمكن هذه الهيئات من ترتيب الوسائل الفنية اللازمة لهذه الاذاعة (م ٣٥/١) .  
ولكن المشرع لم يرد بذلك اهدار حق المؤلف في نسبة المصنف اليه ولاحقه  
أو حق أصحاب هذه الأماكن في الاستغلال المالى ، ولذلك أوجب على  
هيئات الاذاعة « اذاعة اسم المؤلف وعنوان المصنف ، ودفع تعويض  
عادل للمؤلف أو لخلفه ولمستغل المكان الذى يذاع منه المصنف اذا كان  
لذلك مقتضى » ( ٢/٣٥ ) .

(٢) يعطى الحق المعنوى للمؤلف الحق فى أن ينسب مصنفه اليه وحده (١) ،  
بأن يتم نشره أو عرضه أو تقدمته للجمهور حاملاً اسمه ، أو اسماً مستعاراً  
يختاره لنفسه أن أملت عليه اعتبارات خاصة عدم الكشف عن شخصيته  
الحقيقية ، بل ويكون له الحق — اذا أراد — فى نشره غير حامل لآى  
اسم . وقد أشارت الى هذه السلطة م ١/٩ من قانون حماية حق  
المؤلف بقولها « للمؤلف وحده الحق فى أن ينسب اليه مصنفه وفى أن يدفع  
أى اعتداء على هذا الحق . . . » ؛ كما نصت الفقرة الثالثة من المادة  
الأولى من نفس القانون على أن الحماية تسرى « على الاسم المستعار  
بشرط ألا يقوم أدنى شك فى حقيقة شخصية المؤلف » .

غير أنه يراعى أنه رغم تمام النشر أو العرض باسم مستعار أو بدون  
اسم ، يظل المؤلف محتفظاً دائماً بحقه فى الكشف عن أبوته الفكرية  
واتسباب مصنفه اليه فى أى وقت يشاء ، فهو حق متصل بشخصيته  
لا يسقط بالتنازل عنه أو عدم استعماله مهما طالت المدة على ذلك .

(٣) يعطى الحق المعنوى للمؤلف سلطة ادخال اية تعديلات أو تغييرات فى  
مصنفه يراها ضرورية لتحسينه والكمال به ، أو جعله موافقاً لتغير

---

(١) راجع فى ذلك خاصة :

Desbois, cit., Nos. 591-603.



الزمن وتطور الفكر وتقدم العلم ، ويعطيه كذلك سلطة الاعتراض ومنع أى تحريف أو تغيير أو تعديل يصيب مصنفه - دون إذن منه - عند نشره أو عرضه « ١ » ، بما له من حق الأبوة على هذا المصنف الذى يمثل شخصيته الفكرية وسمعته الأدبية أو العلمية أو الفنية . وقد عنى قانون حماية حق المؤلف بإبراز هذه السلطة بقوله « للمؤلف وحده ادخال ما يرى من التعديل أو التحويل على مصنفه » ( م ١/٧ ) ، و « للمؤلف وحده الحق فى أن . . يمنع أى حذف أو تغيير فى مصنفه » ( م ١/٩ ) . ولكن مراعاة ما قد تقتضيه الترجمة من بعض الحذف والتغيير يوجب الترخيص فيه بشرط الإشارة اليه وعدم الاضرار بسمعة المؤلف أو قدره الفكرى . ولذلك ينص القانون « على أنه اذا حصل الحذف أو التغيير فى ترجمة المصنف مع ذكر ذلك ، فلا يكون للمؤلف الحق فى منعه الا اذا أغفل المترجم الإشارة الى مواطن الحذف أو التغيير، أو ترتب على الترجمة مساس بسمعة المؤلف ومكاته الفنية » ( م ٢/٩ ) .

(٤) يعطى الحق المعنوى للمؤلف اخيرا الحق فى سحب مصنفه من التداول ووقف نشره أو عرضه أو اذاعته ( droit de repentir ) « ٢ » ، فهو خالقه ومبتكره ، فتكون له سلطة اعدامه والرجوع فيما تم من تقدمته الى الجمهور ، وذلك رغم تصرفه فى حق الاستغلال المالى .

والواقع أن الاعتبارات التى قد تحدو المؤلف الى اصدار ما يشبه الحكم بالاعدام على مصنفه كثيرة متعددة . فقد يبدو المصنف أمام تقدم الفكر والمدنية تافهاً لا قيمة له مما تتأثر معه سمعة المؤلف الأدبية أو الفنية اذا استمر تداوله بين الجمهور . وقد يكون المصنف معبراً عن مرحلة من المراحل الأولى لتفكير المؤلف وشبابه بما قد تتضمنه من اندفاع

---

(١) راجع فى تفصيل ذلك :

Desbois, op. cit., Nos. 561, 565-590.

(٢) راجع فى تفصيل ذلك :

Desbois, op. cit., Nos. 550-564.



أو تهور أو تهجم على بعض القيم المسلمة في المجتمع ، فيرى المؤلف -  
صيانته لسمعته الأدبية أو الفنية واستجابة لما يفرضه عليه تقدم  
العمر من رزاة وحكمة - أن يسحب من التداول ما قد يكون باقياً من  
نماذج المصنف .

غير أن استعمال هذه السلطة الخطيرة يضر أبلغ الضرر بمن يكون  
متنازلاً له عن حق استغلال المصنف مالياً ، ولذلك يكون من العدل الزام  
المؤلف بتعويض هذا الأخير عما يصيبه به سحب المصنف من التداول من  
أضرار ، بل سنرى أن قانون حماية حق المؤلف قد ذهب الى أبعد من  
ذلك ، فعلق استعمال المؤلف لسلطة سحب مصنفه من التداول على  
موافقة المحكمة .

#### ٢٥٨ - الحق المالي (١)

يعبر هذا الحق عن الصلة المالية القائمة بين المؤلف صاحب الحق  
الذهني وبين مصنفه أو أثره الأدبي أو العلمي أو الفني . فمن العدل  
اعطاء كل صاحب خلق ذهني أو إنتاج فكري فرصة الافادة مالياً  
من هذا الخلق أو ذلك الانتاج عن طريق تمكينه من الاستئثار بشركات  
عرضه وتقديمه الى الجمهور . فهذا الحق اذن الما يعطى للمؤلف على  
مصنفه احتكار استغلاله (monopole d'exploitation) بما يعود عليه من منفعة  
أو ربح مالي .

واستغلال المصنف قد يقوم به المؤلف نفسه . وقد يقوم به  
الغير الذي يتنازل له المؤلف عن حقه في الاستغلال لقاء مبلغ من المال  
يقدر عادة بنسبة مئوية من أرباح الاستغلال أو قيمة المبيعات ، ويدفع  
اما جملة واحدة واما على أقساط طوال مدة معلومة ؛ أو يقدر  
بطريقة جزافية ( م ٣٩ ) .

---

(١) راجع تفصيل ذلك خاصة :

Desbois, op. cit., Nos. 264 et s.



وقد نص قانون حماية حق المؤلف على هذا الحق المالى بقوله « ( وللمؤلف ) وحده الحق فى استغلال مصنفه ماليا بأية طريقة من طرق الاستغلال ، ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون اذن كتابى سابق منه أو ممن يخلفه » ( م ٢/٥ ) •

ويستوى فى استغلال المصنف استغلالاً مالياً أن يكون ذلك عن طريق نقله الى الجمهور مباشرة أو غير مباشرة • والنقل المباشر يكون بالتلاوة العلنية أو التوقيع الموسيقى أو التمثيل المسرحى أو العرض العلنى أو الاذاعة اللاسلكية أو العرض بواسطة الفانوس السحرى أو السينما • أما النقل غير المباشر ، فيكون بنسخ صور أو عمل نماذج متماثلة من المصنف توضع فى متناول الجمهور ، ويتم هذا بصفة خاصة عن طريق الطباعة أو الرسم أو الحفر أو التصوير الفوتوغرافى أو الصب فى قوالب أو بأية طريقة أخرى من طرق الفنون التخطيطية أو المجسمة أو عن طريق النشر الفوتوغرافى أو السينمائى ( م ٦ ) •

وقد يتم استغلال المصنف عن طريق ترجمته الى لغة أخرى ، ويكون للمؤلف وحده الحق فى ذلك ، ولا يجوز لغيره أن يباشر شيئاً من ذلك الا باذن كتابى منه أو ممن يخلفه ( م ٢/٧ و ٣ ) • ولكن مباشرة الاستغلال عن هذا الطريق يرد عليها - فيما يتعلق بترجمة المصنفات الأجنبية الى اللغة العربية - قيد خطير ، اذ يرفع المشرع عنها الحماية اذا لم يقم بها المؤلف أو يأذن بها فى بحر مدة قصيرة معلومة ، وذلك - كما تقول المذكرة الايضاحية لقانون حماية حق المؤلف - رغبة فى « تغليب الصالح العام المصرى على المصلحة الفردية للمؤلف ، وحتى يمكن دفع هذا المؤلف وحته على مباشرة هذه الترجمة فى أقرب وقت معقول رعاية لمصلحة البلاد كيلا تحرم من ثمار التفكير الانسانى فى مختلف الأمم الأخرى لمدة طويلة (١) » •

---

(١) النشرة التشريعية ، العدد السابق ، ص ١٣٢٤ •



ولذلك تنص المادة الثامنة من هذا القانون على أن « تنتهى حماية حق المؤلف وحق من ترجم مصنفه الى لغة أجنبية أخرى في ترجمة ذلك المصنف الى اللغة العربية ، اذا لم يباشر المؤلف أو المترجم هذا الحق بنفسه أو بواسطة غيره في مدى خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلي أو المترجم » (١) .

ولكن المشرع — كما رأينا — يجوز للصحف وللنشرات الدورية — دون اذن المؤلف أو المترجم الأصلي ودون تقيد بهذه المدة — نشر مقتبس أو مختصر أو بيان موجز من المصنفات أو الكتب أو الروايات أو القصص الأجنبية .

#### ٢٥٩ - آثار التمييز بين الحق المعنوى والحق المالى

قلنا ان حق المؤلف أو الحق الذهنى بوجه عام يتكشف عن حقين متميزين : حق معنوى من ناحية ، وحق مالى من ناحية أخرى . وهذان الحقان المتقابلان متصلان مرتبطان ، وان كانا مختلفين اختلافاً جوهرياً في طبيعتهما ، مما ينعكس أثره على ما يخولان من سلطات ومكنات .

وتأصيل التفرقة بينهما مرده الى أن الحق المعنوى انما يعبر عن الجانب الفكرى لشخصية صاحب الحق الذهنى أو المؤلف ، بينما يعبر الحق المالى عن الجانب المادى لاستغلال المصنف أو الأثر الذهنى بما يعود على صاحبه من منفعة أو ثروة مالية . ومن هنا ، كان الحق المعنوى — باعتباره حق أبوة على نتاج فكرى معين — حقاً من حقوق الشخصية أو الحقوق اللصيقة بالشخصية (٢) ، وهو على هذا النحو لا يقوم بمال ، فيندرج فى سلك الحقوق غير المالية . بينما كان

---

(١) يراعى ان المشرع المصرى قد اهدر بذلك الى حد كبير حقوق المؤلفين باللغات الأجنبية ، باقتصاره على هذه المدة القصيرة لحماية حقهم فى ترجمة مصنفاتهم الى اللغة العربية أو الاذن بذلك .

(٢) انظر سابقاً ، ص ٥٨٧ و ٥٩١ .



الحق المالى - باعتباره حق احتكار استغلال لأثر ذهنى معين - حقاً من الحقوق المالية ، يندرج فى سلكهما الى جوار الحقوق العينية والحقوق الشخصية .

والبصر بهذا الاختلاف الجوهرى بين طبيعة كل من الحقين ، يجلو لنا ما يرتبه كل منهما من نتائج وآثار متفاوتة نعرضها فيما يلى :

(١) الحق المعنوى - باعتباره من حقوق الشخصية غير المالية - يتمتع التعامل فيه بنقله أو التنازل عنه أو الحجز عليه ، فهو حق مرتبط بشخصية المؤلف ، ولذلك يكتسب من وراء هذا الارتباط صفات الشخصية نفسها ، ولا يدخل فى عناصر الذمة المالية . وقد عنى قانون حماية حق المؤلف ببيان هذه الصفات الملازمة للحق المعنوى بنصه على أنه « يقع باطلا كل تصرف فى الحقوق المنصوص عليها فى المواد ٥ ( فقرة أولى ) و ٧ ( فقرة أولى ) و ٩ من هذا القانون » ( م ٣٨ ) . وعلى أنه « لا يجوز الحجز على حق المؤلف ، وانما يجوز الحجز على نسخ المصنف الذى تم نشره . ولا يجوز الحجز على المصنفات التى يموت صاحبها قبل نشرها ما لم يثبت بصفة قاطعة أنه استهدف نشرها قبل وفاته » ( م ١٠ ) .

وقد استهدى المشرع بما للحق المعنوى من صلة وثيقة بشخصية المؤلف تكسبه بعض صفاتها ، فقرر - حماية للجانب الفكرى من هذه الشخصية ومنعاً لتقييده مقدماً تقييداً أبدياً - أنه « يعتبر باطلا تصرف المؤلف فى مجموع النتاج الفكرى المستقبل » ( م ٤٠ ) .

(٢) يترتب على قابلية الحق المالى - دون الحق المعنوى - للتعامل والتصرف فيه ، أن الحق الذهنى أو حق المؤلف لا يكون لوجبه دائماً نفس الصاحب . فاذا تنازل المؤلف عن حقه المالى فى احتكار استغلال مصنفه ، فيبقى له دائماً على هذا المصنف حقه المعنوى الذى



لا يملك التنازل عنه • وبذلك يتوزع حق المؤلف حينئذ على صاحبين :  
صاحب للحق المالى هو المتنازل له عن احتكار استغلال المصنف ،  
وصاحب للحق المعنوى هو دائماً المؤلف مبتكر هذا المصنف •

والتصرف فى الحق المالى قد يكون نهائياً أو مؤقتاً يعود من بعد  
الى المؤلف ، وقد يكون شاملاً أو قاصراً على بعض طرق الاستغلال أو  
قدره أو مكانه ، مما يوجب تحديده على نحو قاطع للشك • لذلك يشترط  
القانون لتمام التصرف أن يكون مكتوباً ، وهذا شرط انعقاد لشرط  
اثبات ، وأن يحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق على حدة يكون محل  
التصرف مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه ( م ٣٧ / ٢ ) •

والتصرف فى الحق المالى اما أن يكون منجزاً حال حياة المؤلف  
سواء كان على سبيل العوض أو على سبيل التبرع ، واما أن يكون مضافاً  
الى ما بعد الموت بالوصية • وقد أعفى المشرع المؤلف من التقيد بأحكام  
الوصية فى شأن القدر الجائز الايصاء به ، فجوز له الايصاء بحق  
الاستغلال المالى دون تقييد بهذا القدر وحتى لو كان هذا الحق هو كل تركته؛  
اذ تنص المادة ٢٨ / ٢ من قانون حماية حق المؤلف على أنه « يجوز  
للمؤلف أن يعين أشخاصاً بالذات من الورثة أو من غيرهم ليكون لهم  
حقوق الاستغلال المالى • • • ولو جاوز المؤلف فى ذلك القدر الذى  
يجوز فيه الوصية » • وأساس هذا الاعفاء والاستثناء - فيما يبدو -  
وجوب تأثير الحق المالى للمؤلف - رغم صفته المالىة - بحقه  
المعنوى اللصيق بالشخصية ، وهو ما يستتبع اعطاء المؤلف حرية كاملة  
فى تحديد من ينتفع مالياً باتنتاجه الذهنى فى حياته أو بعد مماته على  
السواء « ١ » •

---

(١) قارن : اسماعيل غسانم ، المرجع السابق ، ص ٦٤ •



وينبغي أن يراعى أن التصرف فى نسخة من المصنف لا يعنى التصرف فى الاستغلال المالى لذات المصنف ، وإنما يقتصر حق المتصرف اليه على النسخة المادية أو النموذج المادى محل التصرف لا على ما يتضمنه هذا الجسم المادى من خلق فكرى أو ذهنى . ولذلك يتمتع على المتصرف اليه مباشرة حق الاستغلال المالى بأية صورة من الصور كاستخراج نسخ أو نماذج متماثلة ينشرها أو يبيعها للجمهور ، لأن هذا الحق لا يزال ثابتاً للمؤلف لعدم ورود التصرف والتنازل عليه . وعدم انصراف التصرف فى نسخة من المصنف الى حق المؤلف المالى على ذات المصنف وعدم اعتبار المتصرف اليه بالتالى صاحب حق فى استغلاله ، هو ما يجب تقريره كذلك حتى ولو كانت النسخة محل التصرف هى النسخة الأصلية الوحيدة . والتصرف فى النسخة الأصلية على هذا النحو ، ان كان لا يعطى للمتصرف اليه فيها حق الاستغلال المالى ، فانه كذلك يجعل مباشرة المؤلف لهذا الحق معلقة على قبول المتصرف اليه مالك النسخة الأصلية باعتباره مالك الجسم المادى الوحيد الذى يضم الخلق الفكرى ؛ ولذلك يحسن بالمؤلف عند تصرفه فى هذه النسخة الاحتفاظ لنفسه بحق الاستغلال المالى . وقد نصت المادة ٤١ من قانون حماية حق المؤلف على هذه الأحكام بقولها « لا يترتب على التصرف فى النسخة الأصلية من المصنف أيأ كان نوعه نقل حق المؤلف . ولكن لا يجوز الزام من انتقلت اليه ملكية هذه النسخة بأن يمكن المؤلف من نسخها أو نقلها أو عرضها ، وذلك كله ما لم يتفق على غير ذلك » .

(٣) ما دام الحق المعنوى يعتبر انعكاساً لشخصية المؤلف ، فيبقى دائماً للمؤلف ، بما له من أبوة فكرية على مصنفه ورغم تنازله عن حقه المالى فى استغلاله ، سلطة الامتناع عن تسليم المصنف الى المتنازل له عن الاستغلال المالى ، بل وسلطة وقف هذا الاستغلال المالى بعد



بدئه باقتضاء سحب المصنف من التداول ، وسلطة ادخال تعديلات جوهرية عليه .

ومثل هذه السلطات التي يعطيها الحق المعنوي للمؤلف تكون ذات تائج خطيرة على الحق المالى الذى انتقل الى المتنازل له عن الاستغلال . ولذلك فان تحويل هذه السلطات للمؤلف ، لا يجب أن يعفيه من المسئولية عن الأضرار التى قد يسببها للمتنازل له عن الاستغلال نتيجة استعماله لها . فضلا عن أن الواقع أن هذا الاستعمال دون مبرر قوى يستند الى اعتبارات خاصة بالمصنف ذاته وما يتضمنه من قيم فكرية معينة ، أو بشخصية المؤلف وسمته الأدبية أو الفنية ، يعتبر استعمالا تعسفيا غير مشروع من جانب المؤلف صاحب الحق المعنوي ، يجب على القضاء حماية المستغل منه «<sup>١</sup>» .

وقد بصر المشرع بذلك فيما يتعلق بسلطة سحب المصنف من التداول وكذلك بسلطة ادخال تعديلات جوهرية عليه ، فجعل هذا السحب أو التعديل مناطا بموافقة القاضى ، وبدفع تعويض عادل معجل الى المستغل ، اذ تنص المادة ٤٢ من قانون حماية حق المؤلف على أن « للمؤلف وحده اذا طرأت أسباب خطيرة ، أن يطلب من المحكمة الابتدائية الحكم بسحب مصنفه من التداول ، أو بادخال تعديلات جوهرية عليه برغم تصرفه فى حقوق الاستغلال المالى . ويلزم المؤلف فى هذه الحالة أن يعرض مقدما من آلت حقوق الاستغلال المالى اليه تعويضا عادلا يدفع فى غضون أجل تحدده المحكمة والا زال كل أثر للحكم » .

---

(١) انظر فى هذا المعنى :

Hassan Kira, thèse précitée, pp. 166-168. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 164.



وقد يكون في مثل هذا النص اعنات على المؤلف صاحب الحق المعنوى وتحيز ظاهر للمتنازل اليه عن حق الاستغلال المالى ، بتعليق ما قضى به الحكم - من سحب المصنف من التداول أو ادخال تعديلات جوهرية عليه - على دفع مبلغ التعويض الذى تحدده المحكمة مقدماً الى المستغل «١» . فقد لا يكون في مكنة المؤلف اسلاف مثل هذا التعويض ، فيضيع بذلك عليه حقه الذى تثبته له أبوته الأدبية أو الفنية من قدرة تعديل المصنف أو سحبه من التداول ، خاصة بعد أن اتضحت ضرورة هذا التعديل أو السحب وعدالته باقرار المحكمة له . فضلاً عن أن الغالب ، أن المتنازل اليه عن حق الاستغلال لا يحصل على ثمرات استغلال المصنف دفعة واحدة بل يحصل عليها بالتدريج وتبعاً لعوامل السوق المختلفة ، ولذلك فإن دفع التعويض اليه كان يجب أن يكون على أقساط وآجال عادلة اذ لا يضيره ذلك في شيء .

(٤) الحق المالى - باعتباره ذا صفة مالية محضة - يعتبر عنصراً من عناصر الذمة المالية وينتقل بالوفاة الى الورثة . غير أن مثل هذا الحق ليس بالحق المؤبد ، بل هو حق مؤقت ينقضى بفوات مدة معينة يحددها القانون ، بحيث لا يصبح استغلال المصنف مالياً بعد فواتها احتكاراً لأحد ، اذ يعتبر حينئذ من التراث الفكرى العام المشاع بين الجميع . وقد طبق قانون حماية حق المؤلف هذا المبدأ فنص على انقضاء حقوق الاستغلال المالى بمضى خمسين سنة على وفاة المؤلف «٢» ( م ١/٢٠ ) ، أو على وفاة آخر من بقى حياً من المشتركين فى تأليف

---

(١) انظر فى انتقاد هذا النص كذلك :

محمد على عرفه ، المرجع السابق ، فقرة ٣٨٨ ، ص ٥٣١ .

(٢) « على انه بالنسبة للمصنفات الفوتوغرافية والسينمائية التى لا تكون مصطبغة بطابع انشائى واقتصر فيها على مجرد نقل المناظر نقلاً آلياً ، فتنقضى هذه الحقوق بمضى خمسة عشر عاماً تبدأ من تاريخ أول نشر للمصنف » ( م ١/٢٠ ) .



نفس المصنف (م ٢٠/٢) «١» . أو بمضى خمسين سنة على تاريخ النشر اذا كان صاحب الحق شخصاً معنوياً عاماً أو خاصاً (م ٢٠/٣) ، أو اذا كان المصنف منشوراً غفلاً من اسم المؤلف أو باسم مستعار ولم يكشف المؤلف خلال هذه المدة عن شخصيته (م ٢١) «٢» .

والواقع أن طبيعة الحق المالى فى استغلال المصنف تقضى بجعله موقوتاً . ذلك أن الأصل أن المصنف معد للجمهور وموجه اليه ، بحيث يكون مصيره فى نهاية الأمر أن يسقط كما يقال فى الملك العام وينضاف الى التراث الفكرى الانسانى المتجمع على مر الأجيال . فلا يكون اعطاء المؤلف احتكار استغلاله اذن الا من قبيل تمكينه من الحصول على ما يكافىء جهده الذهنى ، وهو ما يحققه عادة فى ظرف مدة معينة . لذلك كان منتقداً قبل صدور قانون حماية حق المؤلف ورغم عدم وجود نص بتأقيت الحق المالى للمؤلف حينئذ ما ذهبت اليه بعض المحاكم من أن الحق المالى ينبغى اعتباره حقاً مؤبداً حتى يتدخل المشرع فيؤقته بما يشاء من مدة ، لأن مسألة تحديد مدة معينة ينقضى بعدها هذا الحق لا تحل الا عن طريق التشريع «٣» . فقد كان فى وسع هذه المحاكم

(١) وقد حل المشرع مشكلة حساب المدة اذا كان المصنف لم ينشر فى حياة مؤلفه بل نشر لأول مرة بعد وفاته ، فجعل بدايتها من تاريخ وفاته أو من تاريخ وفاة آخر من بقى حياً من المشتركين فى تأليفه (م ٢٢) .

(٢) « فى الاحوال التى تبدأ فيها مدة الحماية محسوبة من تاريخ نشر المصنف وفقاً لاحكام هذا القانون ، يتخذ أول نشر للمصنف مبدأ لحساب المدة بغض النظر عن اعادة النشر ، الا اذا أدخل المؤلف على مصنفه عند الاعادة تعديلات جوهرية بحيث يمكن اعتباره مصنفاً جديداً . - فاذا كان المصنف يتكون من عدة أجزاء أو مجلدات نشرت منفصلة وعلى فترات ، فيعتبر كل جزء أو مجلد مصنفاً مستقلاً على حساب المدد » (م ٢٤) .

(٣) انظر استئناف مصر ١١ مارس ١٩٣٧ ، المحاماة ١٧ ، رقم ٥٩٧ ، ص ١١٩٦ ، حيث يقرر الحكم « انه وان كانت طبيعة حق المؤلف وتوقيته مما قد تقضى المصلحة العامة به ، ولكن القضاء فى مصر لا يستطيع ان يؤقت حق المؤلف لا بوفاته ولا بمضى مدة معينة على وفاته ، لأن قواعد العدل التى



— أمام سكوت المشرع — النزول على ما تقضى به طبيعة الحق المالى من توقيته وتحديد المدة المعقولة التى ينقضى بعدها هذا الحق باستلهاام مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، معتدة فى ذلك بطبيعة المصنف والظروف الخاصة المحيطة بكل حالة . وعلى أى حال ، فقد أصبح تأقيت هذا الحق اليوم مقررأ ومحددأ مبدأ ومدة بمقتضى التشريع على ما سبق بيانه من نصوص قانون حماية حق المؤلف .

أما الحق المعنوى ، فهو حق مؤبد لا ينقضى بمضى مدة معينة ، بل يظل ثابتا للمؤلف طوال حياته ، ثم ينتقل عنه الى ورثته بوفاته . غير أن الورثة لا يتلقون هذا الحق كاملا كما كان لمورثهم ، بل يتلقونه ناقصأ قاصراً على مجرد المحافظة على سمعة المورث الأدبية أو الفنية ، برقابة استمرار نشر مصنفه أو عرضه كما تركه عند وفاته حاملاً اسمه أو الاسم المستعار الذى اختاره ودون تحريف أو تشويه « ١ » . فلا يكون لهم ما كان للمورث من قدرة على سحب المصنف من التداول أو تناوله بالتغيير والتعديل أو تقرير نشره ابتداءً ، فمثل هذه القدرة لا يتصور ثبوتها الا للمؤلف وحده باعتباره خالق هذا المصنف ومبتكره

---

علمنا الشارع الالتجاء اليها عند نقص التشريع لا تنطق بشيء فى هذه الحالة ؛ وهى مسألة لا تحل بغير التشريع ولا حيلة للقضاء فيها ، وليس أمامه الا معاملة هذا الحق المدنى معاملة غيره من الحقوق المدنية فيقرر أنه ينتقل بالارث كغيره ويبقى للمورث أبد الأبدى . ومهما قيل من منافاة ذلك لطبيعة الحق أو ان مراد الشارع فى معاملة هذا الحق معاملة خاصة تختلف عن معاملته للحقوق الأخرى ، وهذا المراد ظاهر من احالة تنظيمه الى قانون خاص لم يوجد بعد ، الا ان هذا هو الحل القانونى الوحيد الممكن ازاء النقص التشريعى الحالى ، وهو الوحيد الذى يحول بين القضاء وبين الافتيات على سلطة المشرع . وانظر فى انتقاد هذا الحكم :

محمد على عرفه ، المرجع السابق ، فقرة ٣٩٠ ، ص ٥٤٠ و ٥٤١ .

(١) راجع فى ذلك خاصة :

Desbois, op. cit., Nos. 623-628.



فصاحب الأبوة الفكرية • وبذلك يكاد يعتبر الورثة في مركز الحارس لتراث مورثهم الفكرى «١» ، ويبقى حالهم في ذلك قائماً على الدوام رغم انقضاء الحق المالى بمضى المدة القانونية المقررة •

هذه هى الأصول الفقهية المستقرة والمتفقة مع طبيعة الحقوق الذهنية بنوعيتها فى تحديد مصيرها بعد وفاة المؤلف • وقد سائر المشرع المصرى — فى تنظيمه الاستخلاف على الحق المالى والحق المعنوى للمؤلف — هذه الأصول فى المبدأ ، وان كان قد خرج عليها استثناء باثبات بعض السلطات المعنوية الايجابية لورثة المؤلف •

ففيما يتعلق بالاستخلاف على الحق المالى ، قضى قانون حماية حق المؤلف بأن حقوق الاستغلال المالى تثبت فى الأصل بعد وفاة المؤلف لورثته «٢» ، الا اذا كان المؤلف قد عين أشخاصاً بالذات من الورثة أو غيرهم أوصى لهم بهذه الحقوق ولو جاوز فى ذلك القدر الذى تجوز فيه الوصية كما سبق البيان ( م ١٨ ) • وقد سبق القول بأن الاستخلاف على الحق المالى مؤقت ينتهى فى الأصل بمضى خمسين سنة على وفاة المؤلف •

وأما الاستخلاف على الحق المعنوى فقد نظمته قانون حماية حق المؤلف بقوله « اذا مات المؤلف قبل أن يقرر نشر مصنفه ، انتقل حق تقرير النشر الى من ي خلفونه وفقاً لأحكام المادة السابقة • — ولهؤلاء وحدهم مباشرة حقوق المؤلف الأخرى المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة ٧ و المادة ٩ • — على أنه اذا كان المؤلف قد أوصى بمنع النشر أو بتعيين موعد له أو بأى أمد آخر ، وجب تنفيذ ما أوصى به » ( م ١٩ ) •

---

(١) Desbois, op. cit., No. 625

(٢) « ... فاذا كان المصنف عملاً مشتركاً وفقاً لأحكام هذا القانون ومات أحد المؤلفين بلا وراث ، فان نصيبه يؤول الى المؤلفين المشتركين وخلفهم مالم يوجد اتفاق يخالف ذلك » ( م ١٨/١ ) •



ويراعى أن هذا النص يجعل للورثة ومن في حكمهم خلافة على الحق المعنوى للمؤلف أوسع من الخلافة المجمع على تقريرها لهم في هذا الشأن .

فهو ان كان يستخلفهم على ما يجب استخلافه من الحق المعنوى أى على جوانبه السلبية المقررة في المادة التاسعة من مراعاة احترام نسبة المصنف الى المؤلف ودفع أى اعتداء على هذه النسبة ، ومنع أى حذف أو تغيير فى المصنف ، الا أنه يجاوز هذا القدر الطبيعى للاستخلاف على الحق المعنوى فيستخلفهم كذلك على بعض جوانبه الايجابية المتفق على اعطائها صفة شخصية خالصة تثبتها للمؤلف وحده ، دون ورثته أو خلفائه «١» ، باعتباره صاحب الأبوة الفكرية وحده على مصنفه ، اذ يستخلفهم على حق تقرير نشر المصنف اذا مات المؤلف قبل هذا التقرير ، وعلى حق ادخال بعض التعديل أو التحويل على المصنف .

ولئن أمكن تبرير هذا الاستخلاف بشأن تقرير حق الورثة فى نشر المصنف الذى يموت مؤلفه قبل تقرير نشره ، على أساس استخلاص نية المؤلف الضمنية فى النشر من سكوته عن الايصاء بمنع النشر ، خاصة وأن القانون يحترم مثل هذا الايصاء ويوجب تنفيذه ( م ١٩ / ٣ ) باعتبار الورثة حينئذ مجرد منفذين لنية المؤلف واراדתه الضمنية ؛ الا أن من العسير تبرير استخلاف الورثة ومن فى حكمهم على سلطة ادخال التعديلات والتحويلات على المصنف ، فهذه السلطة لا تنفك تلازم المؤلف وحده وتكون لصيقة بشخصيته ، باعتباره الأب الفكرى لهذا المصنف والقادر على التصرف فى مضمونه وحده بالتغيير والتعديل والتحويل ، بحيث لا يكون مفهوما اثبات مثل هذه السلطة الخطيرة التى تمس الكيان الفكرى للمصنف لورثته أو خلفائه من بعده «٢» .

---

(١) Desbois, op. cit., Nos. 626, 627.

(٢) ولا يمكن تبرير الاستخلاف على سلطة التعديل — كالأستخلاف على سلطة النشر — على أساس استخلاص ارادة المؤلف الضمنية فى التعديل كما تستخلص فى النشر من سكوته عن المنع . ذلك أن الاصل فى المصنف اذا تم



وأياً ما كان الأمر ، فإن المشرع احتياطاً منه لما قد يحدث من احجام ورثة المؤلف أو خلفائه — لأى سبب من الأسباب — عن مباشرة ما يشته لهم القانون من حقوق مالية ومعنوية على السواء ، وتحقيقاً للصالح العام الذى يقتضى تجنب المصنفات القيمة عواقب هذا الاحجام من قبرها وحجبها عن الجمهور ، قد رخص لوزير التربية والتعليم فى الحلول محل هؤلاء الورثة أو الخلفاء فى مباشرة ما أحجموا عن مباشرته من حقوق ، ورسم طريق هذا الحلول بنصه فى المادة ٢٣ من قانون « حماية حق المؤلف » على أنه « اذا لم يباشر الورثة أو من يخلف المؤلف الحقوق المنصوص عليها فى المادتين ١٨ و ١٩ ، ورأى ( وزير المعارف العمومية ) أن الصالح العام يقتضى نشر المصنف ، فله أن يطلب الى خلف المؤلف نشره »<sup>(١)</sup> بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول . فاذا انقضت ستة أشهر من تاريخ الطلب ولم يباشروا النشر ، فللوزير مباشرة الحقوق المذكورة بعد استصدار أمر بذلك من رئيس محكمة القاهرة الابتدائية ، ويعوض خلف المؤلف فى هذه الحالة تعويضاً عادلاً » .

---

هو نشره لا حجبها عن الجمهور؛ فما لم توجد ارادة واضحة للمؤلف قبل وفاته فى منع النشر ، فمعنى ذلك وجوب احترام الأصل من النشر واعتبار قيام الورثة بذلك تنفيذا لارادة المؤلف التى أعجله الموت عن اظهارها . والأصل فى المصنف كذلك بقاءه على حاله التى تركها عليه المؤلف عند وفاته الا أن يكون قد اظهر عكس ذلك ؛ ولهذا لا يستخلص من سكوته أى معنى لاستخلاف ورثته أو خلفائه على أمر تعديل مصنفه ، بل يكون معنى السكوت هنا التزام الأصل من بقاء المصنف على حاله وتقييد الورثة أو الخلفاء بذلك .

(١) من الواضح أن ذلك يفترض عدم اىساء المؤلف بمنع النشر، والا لما ثبتت سلطة تقرير النشر لورثته ولما كان لوزير التربية والتعليم بالتالى الحلول محلهم فى مباشرتها .



## الفصل الرابع

### الذمة المالية \*

#### ٢٦٠ - تعريف الذمة المالية

يقصد باصطلاح « الذمة المالية » ( Le patrimoine ) في الفقه السائد ،  
التعبير عن مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية .

وبذلك تتكون الذمة من جانبين : جانب ايجابي ( L'actif )  
هو مجموع حقوق الشخص المالية ، وجانب سلبي ( Le passif ) هو مجموع  
التزامات الشخص المالية . وبقدر ما تزيد حقوق الشخص المالية  
على التزاماته تعتبر ذمته دائنة ، وبقدر ما تزيد التزاماته المالية على  
حقوقه تعتبر ذمته مدينة .

#### \* المراجع :

Mevorach, Le patrimoine, Revue trimestrielle de droit civil, 1936, pp. 811-825. — Ismaïl Ghanem, Essai critique sur la notion de patrimoine en droit français et en droit égyptien (dactylographié), thèse Paris, 1951.

Aubry et Rau, Cours de droit civil français, t. IX, Nos. 573-583. —  
Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, Nos. 13-36. — Colin, Capitant et De La  
Morandière, op. cit., t. I, Nos. 128-132. — Josserand, op. cit., t. I, Nos.  
646-655. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 287-290. — Mazeaud,  
op. cit., t. I, Nos. 282 - 293. — Planiol, Ripert et Picard, op. cit., t. III,  
Nos. 15-25. — Ripert et Boulanger, Traité élémentaire de droit civil de Pla-  
niol, t. I, 3e éd., 1946, Nos. 2514-2521.

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٠٣ - ١٢٣ . - شفيق شحاته ،  
المرجع السابق ، فقرة ٤ - فقرة ٧ . - جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ص  
١٠٥ - ١١٩ . - شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ١٥٥ - ١٦٠ . -  
عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ٢٢٤ - ٢٣١ . - عبد المنعم البدر اوى ،  
المدخل للقانون الخاص ، ١٩٥٧ ، فقرات ١٦٧ - ١٧٤ ، ص ٢٤٢ - ٢٥٦ . -  
عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية الحق ، ١٩٥٧ ، ص ١٣١ - ١٤٥ . - محمد  
سامى مذكور ، المرجع السابق ، ص ١١٣ - ١٢٧ .



والذمة المالية — كما يدل عليه اسمها — لا تتكون في جانبيها الايجابى والسلبى الا من حقوق الشخص والتزاماته المالية وحدها ، فلا يدخل اذن في الجانب الايجابى للذمة أى حق غير مالى للشخص ، ولا يدخل في الجانب السلبى لها أى التزام غير مالى عليه «١» .

ومن هنا ، فلا يدخل في الجانب الايجابى للذمة المالية حق الانسان على اسمه أو الحق المعنوى للمؤلف على مصنفه مثلاً ، اذ هما حقان غير ماليين . وان كان الاعتداء على أى منهما يولد للمعتدى عليه حقاً مالياً في التعويض هو الذى يدخل وحده في ذمته حينئذ كعنصر ايجابى .

وكذلك فالالتزام السلبى العام الواقع على الكافة باحترام الحقوق لا يدخل في ذمة أحد من الأشخاص كعنصر سلبى اذ ليست لمثل هذا الالتزام قيمة مالية ، وان كان خرقه بالاعتداء على حق من الحقوق يولد التزاماً مالياً بالتعويض يدخل حين الاعتداء في ذمة المعتدى كعنصر سلبى ، بحيث يقابله في ذمة المعتدى عليه — كعنصر ايجابى — الحق في اقتضاء هذا التعويض .

### ٢٦١ — الخلاف حول تاصيل فكرة الذمة المالية

كان تأسيس فكرة الذمة المالية وتأصيلها محل جدل كبير في الفقه ، نرى صدهاء في ظهور نظريتين متقابلتين في هذا الصدد : نظرية تقليدية ظلت لها السيادة في الفقه الفرنسى طوال القرن الماضى ، تربط بين الذمة المالية وبين الشخصية ربطاً وثيقاً محكماً حتى لتدمجها فيها وتعطيها كل خصائصها ؛ ولذلك عرفت باسم نظرية الشخصية

---

(١) اذا كان هذا هو الراى السائد لدى جمهور الفقهاء ، فثم قلة منهم تذهب الى أن الذمة يجب أن تتسع للعناصر المالية وغير المالية على السواء ، على أساس أن هذه العناصر كلها يجمعها التعلق والتخصص بشخص صاحب الذمة .

انظر في الدفاع من هذا الراى :

Mazeud, op. cit., t. I, No. 292.



( Théorie de la personnalité ) . ونظرية راجت في الفقه الألماني خاصة ، تربط بين الذمة المالية وبين الغرض الذي تخصص له مجموعة من الحقوق والالتزامات المالية ، دون استلزام وجود شخص معين تسند اليه هذه الذمة أو تلك المجموعة ؛ ولذلك عرفت باسم نظرية التخصيص ( Théorie de l'affection ) .

فنعرض فيما يلي لهاتين النظريتين على التوالي ، لنرى من بعد موقف الفقه الحديث منهما ونظرتيه اليوم الى جوهر الذمة المالية وأهميتها العملية .

### ٢٦٢ - نظرية الشخصية

تنسب هذه النظرية الى الفقيهين الفرنسيين « أوبري » ( Aubry ) و « رو » ( Rau ) . وهي تقوم على أساس ارتباط الذمة المالية بالشخصية وانبعائها منها « ١ » . فالذمة اذن هي احدى خصائص الشخصية ، بل هي الشخصية ذاتها منظورا اليها من جانبها المالي . ولم يكن بد - وهذا الأساس هو نقطة الابتداء - من أن تخلع هذه النظرية على الذمة المالية صفات الشخصية كاملة فترتب عليها النتائج الآتية :

( ١ ) لكل شخص ذمة مالية : ما دامت الذمة المالية مرتبطة أو مندمجة في الشخصية ، أو ما دامت - بعبارة أخرى - هي الجانب المالي للشخصية ، فمن الحتم أن يكون لكل شخص ذمة مالية .

فلا يعلق وجود الذمة المالية اذن على ضرورة وجود حقوق مالية ثابتة للشخص أو التزامات مالية واقعة عليه في وقت معين . فالطفل اللقيط العاري مثلا ، وهو مجرد من كل حق أو التزام مالي ثابت له أو عليه ، تكون له ذمة مالية ، اذ العبرة في وجود الذمة تكون بتوافر

(١) Aubry et Rau, op. cit., t. IX, No. 573. فهما يذكران أن « فكرة الذمة تستخلص مباشرة من فكرة الشخصية » (ص ٣٣٣) ، وأن « الذمة هي انبعث من الشخصية وتعبير عن القدرة القانونية التي يخولها الشخص باعتباره كذلك » (ص ٣٣٥) .



الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات المالية دون نظر الى اكتسابها أو التحمل بها فعلا وحالا ، وهذه الصلاحية متوافرة في كل شخص حتى في الطفل اللقيط .

ولا يعلق كذلك وجود الذمة المالية على كونها دائنة بزيادة جانبها الايجابى على الجانب السلبى ، أى بزيادة حقوق الشخص المالية على التزاماته ، فلكل من المفلس والمعسر مثلا ذمة مالية رغم الافلاس أو الاعسار ، وذلك لتوافر الصلاحية والقابلية عنده - ككل شخص - لوجوب الحقوق المالية له أو عليه .

ومنطق هذا النظر هو الذى يرر مذهب بعض أنصار هذه النظرية في تعريفهم للذمة المالية بأنها مجموع الحقوق والالتزامات المالية التى تكون للشخص أو عليه في الحاضر أو المستقبل ، فذلك يعنى أن الذمة المالية تثبت حتما لكل شخص بصرف النظر عن وجود عناصر لها حالية ، ما دام احتمال هذا الوجود قائما بالنسبة الى المستقبل «<sup>١</sup>» .

(٢) لكل ذمة مالية شخص تستند اليه : ما دامت الذمة المالية هي الشخصية في مظهرها المالى ، فلا يتصور وجود ذمة لا تستند الى شخص . ومن هنا ، فكما أن لكل شخص ذمة مالية ، فلكل ذمة مالية كذلك شخص تستند اليه وتثبت له . وعلى ذلك ، فتثبت الذمة المالية لكل شخص سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا اعتباريا ، ولا تثبت فيما وراء ذلك لأحد أيا كان ؛ فلا

---

(١) انظر قول « أوبرى » و « رو » : « ان الذمة باعتبارها ، في التعبير الكامل ، هي شخصية الانسان نفسها منظورا اليها في علاقاتها مع الأشياء الخارجية التى يكون له أو سيكون له عليها حقوق مباشر ، تتضمن - ليس فقط الأموال المكتسبة فعلا - بل وكذلك الأموال التى سوف تكتسب . وهذا هو ما يعبر عنه الاصطلاح الالمانى ( Vermogen ) الذى يعنى السلطة أو القدرة ( pouvoir ) والذمة ( patrimoine ) . فذمة الشخص اذن هي قدرته القانونية منظورا اليها بصفة مطلقة خالصة من قيود الزمان والمكان » . (المرجع السابق ، ص ٣٣٤ ، هامش رقم ٦) .



ثبت لحيوان أو جماد ، ولا لجماعات من الأشخاص أو مجموعات من الأموال لا تتوافر لها الشخصية المعنوية أو الاعتبارية .

(٣) **الذمة المالية واحدة لا تتعدد أو تتجزأ :** ما دامت الذمة المالية هي الشخصية ذاتها في مظهرها المالي ، فهي اذن — كالشخصية — واحدة لا تتعدد أو تتجزأ ، بمعنى أن الشخص لا تكون له الا ذمة مالية واحدة ، فلا يتصور أن يكون للشخص أكثر من ذمة واحدة ، لأنه لا يتصور أن تكون له أكثر من شخصية واحدة .

ولا يطعن في وحدة الذمة المالية للشخص — عند أنصار هذه النظرية — أن تخضع بعض عناصرها لنظام قانوني مختلف عن النظام القانوني الذي تخضع له الذمة في مجموعها ، اذ لا يعدو ذلك عندهم أن يكون محض استثناء تحتمه اعتبارات خاصة « ١ » .

(٤) **الذمة المالية وحدة او مجموعة قانونية مستقلة عن العناصر المكونة لها :** ما دامت الذمة المالية هي الشخصية نفسها في مظهرها المالي ، وما دامت الشخصية هي مجرد صلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، فان الذمة لا تكون اذن مجموعة فعلية ثابتة من الحقوق والالتزامات المالية ، بل مجموعة احتمالية لما يوجد للشخص في الحاضر وما قد يوجد له في المستقبل من هذه الحقوق وتلك الالتزامات .

ومن هنا ، كانت الذمة تمثل وحدة قانونية مجردة مستقلة ومنفصلة عن العناصر المكونة لها « ٢ » ، بحيث لا يتأثر وجودها بأي تغيير أو تعديل

---

(١) Aubry et Rau, op. cit., t. IX, No. 574.

(٢) وفي ذلك يقول « أوبري » و « رو » ان « فكرة الذمة تستخلص مباشرة من فكرة الشخصية . وانه مهما يكن من تنوع الأشياء التي يمكن ان يرد عليها للانسان حقوق يباشرها ومن تعدد طبيعة تكوينها ، فان هذه الأشياء باعتبارها مادة حقوق شخص معين لا تقل خضوعا لحرية نفس الارادة الواحدة ولتصرف نفس القدرة القانونية الواحدة ؛ وهي بذلك تكون كلا قانونيا » .

( Aubry et Rau, op. cit., t. IX, No. 573, pp. 333, 334 ) .



ينظراً على هذه العناصر . فهذا التغيير أو التعديل في العناصر المكونة للذمة ، ان كان يؤثر في القيمة المالية للذمة في وقت معين ، فهو لا يمس بحال من الأحوال وجود الذمة نفسه . فالذمة موجودة دائماً وملازمة للشخص حتى ولو كانت خلوا في وقت معين من أية حقوق واجبة له ومن أية التزامات واقعة عليه .

فوجود الذمة اذن في منطق هذه النظرية تصور قانوني مجرد يعبر عن وحدة أو مجموعة معينة تمثل الصلاحية المستمرة لدى الشخص في اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، دون نظر الى الوجود الفعلي في وقت معين لهذه الحقوق وتلك الالتزامات . وبذلك تكون الذمة - فيما يقال - كالوعاء مستقل في وجوده عن وجود محتوياته ، فهو يوجد في ذاته ولو خلا يوماً من محتوياته ويظل موجوداً ليتلقى ما قد يدخل فيه مستقبلاً من محتويات .

وما دامت الذمة المالية تكون وحدة قانونية مجردة مستقلة في وجودها عن وجود العناصر الداخلة فيها ، فلا يتصور التصرف في الذمة أو التنازل عنها كوحدة ، وانما يتصور التصرف أو التنازل وارداً على ما يوجد من عناصرها في وقت معين دون أن يمس ذلك وجود الذمة نفسها « ١ » . وهذه نتيجة حتمية لتصور الذمة على أنها هي الشخصية ذاتها في مظهرها المالي ، اذ كما يستحيل التصرف في الشخصية أو التنازل عنها ، فكذلك يستحيل التصرف أو التنازل عن الذمة المالية كوحدة قانونية .

ولكن اذا كانت حقوق الشخص والتزاماته تنتقل الى الورثة بوفاته ، فليس معنى ذلك انتقال ذمته اليهم - فالذمة لا تنتقل من شخص



الى آخر — وإنما معناه امتداد شخصية المورث واستمرار بقائها في أشخاص الورثة «أ» .

ويراعى أن هذا التبرير الذى تقول به نظرية الشخصية — لتلقى الوارث حقوق المورث والتزاماته المالية — من حيث اعتبار شخصية المورث ممتدة خلال شخصية الوارث ، أما أن يجعل من الوارث والمورث شخصاً واحداً وأما أن يجعل للوارث شخصيتين ، بحسب مدى مسئولية الوارث عن ديون المورث .

فهذا الامتداد يجعل من الوارث والمورث شخصاً واحداً في حالة ما اذا كانت مسئولية الوارث عن ديون المورث مطلقة حتى ولو تجاوزت حقوق التركة ، كما هي القاعدة في القانون الفرنسى . أما اذا كانت مسئولية الوارث عن ديون المورث محدودة بقدر ما في التركة من حقوق — كما هي القاعدة في القانون المصرى ، وكما هي الحال في القانون الفرنسى عند قبول الوارث التركة بخيار الجرد — فهذا الامتداد يجعل له شخصيتين : شخصيته الخاصة به ، وشخصية هي امتداد لشخصية المورث ، بحيث تكون لكل شخصية ذمة مستقلة عن الأخرى .

### ٢٦٣ — نظرية التخصيص (٣)

ترجع هذه النظرية الى بعض فقهاء الألمان خاصة ، الذين أرادوا هدم النظرية التقليدية بما قامت عليه من أساس اندماج الذمة المالية في الشخصية ، وما استتبعه هذا الأساس من نتائج غير مقبولة .

(١) Aubry et Rau, op. cit., Nos. 582, 583

(٢) أنظر في عرض هذه النظرية خاصة :

Michoud, Le théorie de la personnalité morale, 3e éd. t. I, No. 17. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 22. — Saleilles, De la personnalité Juridique, 2e éd., p. 477, 478. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, Introduction générale à l'étude du droit, No. 383. — Planiol, Ripert et Picard, op. cit. No. 21.



من أجل ذلك رأوا أن الذمة المالية لا تكون مجموعة أو كتلة متماسكة من الحقوق والالتزامات المالية بسبب ثبوتها لشخص معين، وإنما بسبب تخصيصها لغرض معين . ولذلك فالعبرة في وجود الذمة المالية ليس بوجود شخص تسند اليه وإنما بوجود غرض تخصص به . ومن هنا ، فكلما وجدت حقوق والتزامات مالية يجمعها الاستناد الى غرض واحد ، أمكن القول بوجود ذمة مالية دون حاجة الى استلزام وجود شخص معين تسند اليه .

ونظرية التخصيص هذه ، قد أراد دعايتها من ورائها الاستغناء بفكرة الذمة القائمة على التخصيص عن فكرة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية . فهم لا يسلمون بالشخصية الا للانسان أى للشخص الطبيعي وحده . أما اعطاء الشخصية لمجموعات من الأشخاص كالشركات أو الجمعيات ، أو لمجموعات من الأموال كالمؤسسات ، فليس عندهم الا مجرد افتراض بحث يخالف الواقع ، وحيلة صناعية مختلفة خاصة لا مكان الاعتراف لهذه المجموعات بذمة خاصة بها مستقلة عن ذمة كل عضو من أعضائها أو كل منتفع بها . ولا يحتاج الأمر - لادراك هذه النتيجة - الى مثل هذا الافتراض أو التحايل باعطاء هذه المجموعات شخصية صناعية ، اذ كل من هذه المجموعات من الأشخاص أو الأموال تفترض وجود حقوق والتزامات مالية يجمعها التخصيص لغرض واحد ، أى تفترض وجود ذمة مالية قائمة بذاتها ومستقلة عن غيرها دون استناد الى شخص معين .

وتترتب على هذه النظرية نتائج نذكر أهمها فيما يلي :

(١) وجود الذمة دون شخص : ليس من الحتم وجود شخص تستند اليه الذمة المالية ، فالذمة توجد ولو لم يوجد شخص ، اذا وجدت مجموعة من الحقوق أو الالتزامات المالية خاصة بنفس الغرض . وهذا يغنى عند أصحاب هذه النظرية - كما سبق البيان - عن فكرة الشخصية الاعتبارية



التي تعتبر عندهم مجرد حيلة صناعية بحتة للاعتراف للأشخاص الاعتبارية  
بذمة مالية مستقلة .

(٢) **امكان تعدد الذمة :** ما دامت الذمة المالية غير مندمجة في الشخصية  
وانما قائمة على وحدة التخصيص بين عناصرها لغرض معين ، فليس من  
الحتم أن توجد للشخص ذمة مالية واحدة ، بل قد توجد له أكثر من ذمة ،  
فتتعدد ذممه بتعدد الأغراض التي تتخصص بها مجموعات من حقوقه  
والالتزامات المالية . فالوارث مثلا الذي لا يكون مسئولاً عن ديون مورثه  
الا في حدود أموال التركة ، تكون له ذمتان منفصلتان مستقلتان : ذمته  
الخاصة به ، وذمة مورثه التي آلت اليه ، بحيث تضمن حقوق كل ذمة  
ديونها ، فلا يلتزم الوارث في ذمته الخاصة بسداد ديون مورثه .  
والشخص الذي يجمع بين النشاط التجاري والنشاط المدني قد تكون له  
ذمتان : ذمة تجارية تتكون من مجموع الحقوق والالتزامات المالية  
المخصصة لأعمال تجارته ، وذمة مدنية تتكون من مجموع الحقوق  
والالتزامات المالية المخصصة لأعماله المدنية .

(٣) **امكان انتقال الذمة :** ما دامت الذمة المالية غير مستندة الى الشخصية  
بل الى غرض معين تتخصص به عناصرها ، فهي على هذا النحو تكون  
مجموعة فعلية - لا مجموعة احتمالية - من الحقوق والالتزامات المالية  
المخصصة بغرض معين ، فيمكن بالتبعية التصرف فيها والتنازل عنها .  
وكذلك يمكن انتقالها بالموت الى الورثة ، دون حاجة الى ما تصطنعه  
نظرية الشخصية - في سبيل تبرير هذا الانتقال - من افتراض بحت يخالف  
الواقع ، قائم على اعتبار شخصية الوارث امتداداً لشخصية المورث .

#### ٢٦٤ - تعقيب على النظريتين

هاتان هما النظريتان الرئيسيتان في تأسيس وتأصيل فكرة الذمة  
المالية .

ونراعي في شأن نظرية التخصيص أنه لا يمكن التسليم بتقديمها



الأولية القائمة على امكان قيام ذمة لا تستند الى شخص من الأشخاص ، فمثل هذه المقدمة لا يمكن قبولها في ظل القوانين الوضعية الحديثة - ومن بينها القانون المصرى - حيث أصبح من المسلم وجود أشخاص اعتبارية الى جنب الأشخاص الطبيعية، وحيث أصبح الفقه الحديث يرى في وجود هذه الأشخاص حقيقة واقعية لا مجرد افتراض محض ، فقد قامت هذه النظرية على أساس القول بانكار فكرة الشخصية الاعتبارية ، وقدمت فكرة الذمة المالية القائمة على التخصيص بغرض معين كبديل عنها .

فالثابت اذن في القانون الحديث اليوم أن الذمة المالية لا تتصور الا مستندة الى شخص معين سواء كان هذا الشخص طبيعياً أو اعتبارياً . اذ من المسلم أنه لا يكتسب الحقوق أو يتحمل بالالتزامات الا الأشخاص وحدهم ، ومن هنا ينبغى أن تكون الذمة - وهى مجموع من الحقوق والالتزامات المالية - خاصة بشخص معين .

ولكن ليس يعنى ذلك رفض فكرة التخصيص فى ذاتها ، فسرى من بعد أن هذه الفكرة صالحة من وجوه معينة ولكن فى حدود ما قدمناه من ضرورة اسناد الذمة الى شخص معين . ففكرة التخصيص لا تصلح بمفردها ودون وجود شخص من الأشخاص لتكوين ذمة مالية مؤلفة من مجموعة معينة من الحقوق والالتزامات أيا كان مبلغ ارتباطها من حيث التخصيص لنفس الغرض . أى أن هذه الفكرة قاصرة عن خلق ذمة غير مستندة الى شخص ، ولكنها صالحة - اذا وجدت ذمة لشخص معين - لتبرير اقتطاع مجموعة من عناصرها وتأليف ذمة أخرى مستقلة لنفس الشخص «١» .

---

(١) انظر بصفة خاصة فى نقد نظرية التخصيص الرسالة القيمة سالفة الذكر للزميل الدكتور اسماعيل فانم ، فقرة ٥ .

وانظر كذلك فى الرد على دعوى وجود ذمم فى القانون المصرى تقوم على التخصيص غير مستندة الى شخص ، تتمثل فى نظام الوقف ومركز التركة قبل سداد الديون ، اسماعيل فانم ، المرجع السابق ، ص ١٠٥ - ١٠٧ .



وليس يعنى ذلك أيضا رفض ما ترتبه نظرية التخصيص من نتائج معينة ، كتعدد الذمة المالية للشخص الواحد وامكان التصرف فيها والتنازل عنها بين الأحياء ، وامكان انتقالها بالموت الى الورثة دون حاجة الى افتراض امتداد شخصية المورث في أشخاص الورثة . فذلك نتائج سليمة ينبغى التسليم بها في جملتها كما سنرى ، ولكن يمكن الوصول اليها دون حاجة الى انتهاج منطق نظرية التخصيص — غير المقبول — من انكار ضرورة اسناد الذمة الى شخص معين .

والواقع أن اسراف النظرية التقليدية اسرافاً شديداً في منطقتها من ربط فكرة الذمة بالشخصية الى حد ادماجها فيها ، هو الذى دفع الى انكار تلك النتائج بخلع كل صفات الشخصية على الذمة .

ولئن كان ينبغى التسليم بوجوب استناد الذمة الى شخص . الا أن ذلك لا يستتبع بحال من الأحوال ضرورة اعطاء الذمة نفس صفات الشخصية ، والا انتهى الأمر — كما انتهت النظرية التقليدية فعلا — الى اعتبار الذمة هي الشخصية نفسها في مظهرها المالى أى هي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المالية له أو عليه ، وهو لغو لا يمكن قبوله ، اذا ما دامت الذمة والشخصية شيئاً واحداً ، ففيم اذن كان اصطلاح «الذمة المالية» ، وما فائدته وليس له من مدلول جديد «<sup>١</sup>» ؟ .

فالتفرقة اذن واجبة بين الشخصية باعتبارها الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، وبين الذمة المالية باعتبارها مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية . واغفال هذه التفرقة ، هو الذى دفع بنظرية الشخصية الى المغالاة والقول بأن لكل شخص ذمة مالية حتما . ولئن كان الغالب فى العمل حقيقة أن لكل شخص ذمة ، لأنه

---

(١) انظر فى نقد الخلط بين الذمة والشخصية :

Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 23. — Ismaïl Ghanem : thèse précitée, No. 62. — Mevorach, article précité, p. 816. — Planiol, Ripert et Picard, op. cit., No. 17.



يندر أن يوجد شخص ليست له أو عليه حقوق مالية ، الا أنه اذا قام احتمال وجود مثل هذا الشخص ، فيكون من انكار الواقع القول بتوافر ذمة مالية له . فاذا كان صحيحا اذن القول بأن لكل ذمة صاحباً أى شخصاً تسند اليه ، فليس بصحيح اطلاق القول بأن لكل شخص ذمة حتماً . اذ الشخصية ان كانت تفيد امكان وجود ذمة ، الا أنها لا تعنى بالضرورة وجود ذمة فعلاً «١» .

والخلط بين الذمة والشخصية دفع بالنظرية التقليدية كذلك الى القول بأن الذمة واحدة لا تتعدد أو تتجزأ ، وأنه لا يتصور أن توجد للشخص ذمم مالية متعددة . ومثل هذا القول — كما هو ظاهر — لا يستقيم الا مع مع مقدمة غير مسلمة ، هي اندماج الذمة في الشخصية . ومن ثم لا يوجد عقلاً ومنطقاً ما يمنع من تصور تعدد الذمة . وهنا نجد فائدة التخصيص ، اذ قد تخصص مجموعة معينة من أموال الشخص بغرض معين فتنشأ منها ذمة خاصة الى جنب ما للشخص من ذمة عامة .

وفي قواعد القانون المصرى أمثلة على تعدد الذمة المالية لدى بعض الأشخاص نتيجة تخصيص معين لبعض مالهم من أموال «٢» .

فللقاصر أهلية التصرف فيما يوضع تحت تصرفه من مال مخصص لأغراض تفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط ( م ٦١ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال ) . وكذلك فللقاصر البالغ السادسة عشرة أهلية التصرف فيما يكسبه بعمله من مال ، بشرط أن لا يتعدى التزامه حدود هذا المال

(١) في هذا المعنى :

Mevorach, article précité, p. 817.

(٢) انظر

Ismail Ghanem, thèse précitée, Nos. 87-89.

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١١١ - ١١٣ . - شفيق شحاته ،  
المرجع السابق ، فقرة ٦ ، ص ١٢ و ١٣ . - جميل الشرقاوى ، المرجع  
السابق ، ص ١١٧ و ١١٨ .



( م ٦٣ من المرسوم بقانون سالف الذكر ) • ففى هاتين الحالتين ، يكون للقاصر - فضلا عن ذمته المالية العامة - ذمة خاصة متعلقة بأموال معينة لا يلتزم الا فى حدودها وحدها •

وكذلك فلمالك السفينة الحق فى تركها الى أصحاب الديون الناشئة بسببها أو بسبب سفرها ، يقتضون ديونهم من التنفيذ عليها وحدها هى وأجرتها دون غيرها من أمواله ( م ٣٠ تجارى بحرى ) • وبذلك تكون السفينة ذمة مالية خاصة للمالكها الى جوار ذمته العامة ، بحيث تتحدد التزاماته الخاصة بالسفينة بحدود قيمتها وقيمة أجرتها ، فلا يملك الدائنون بهذه الالتزامات التنفيذ على غير السفينة وأجرتها مما يدخل فى ذمته العامة من أموال •

وأخيراً فللوارث فى مصر - كما سنرى - ذمتان : ذمته الخاصة به ، وذمة مورثه التى انتقلت اليه ، فلا يسأل الوارث عن ديون مورثه الا فى حدود ما تركه المورث من أموال ، أى لا يقوم بسداد ديون التركة من أمواله الخاصة به ، فلكل من الذمتين نطاق مستقل عن نطاق الأخرى •

بقى أن نراعى أن نظرية الشخصية ، وهى ترى أن الذمة باعتبارها هى الشخصية فى مظهرها المالى لا تنتقل من شخص الى آخر ، قد اصطدمت بنظام الميراث ، فاضطرت - فى سبيل تبرير انتقال ذمة المورث الى الوارث بالوفاة - الى القول بأن شخصية المورث ممتدة وباقية فى شخص الوارث ، بحيث يكونان اما شخصاً واحداً حين يلتزم الوارث بكل ديون المورث ، أو يكون الوراثة شخصين : شخصاً هو امتداد لشخصية المورث ، وشخصه الخاص به ، حين لا يلتزم بسداد ديون المورث الا فى حدود أموال التركة • وظاهر ما فى هذا التبرير من اصطناع وتحايل يقوم على افتراض محض مخالف للواقع ، مما يدل على فساد القول بامتناع التصرف فى الذمة المالية وانتقالها من شخص الى آخر •



والخلاصة مما تقدم وضوح جانب المغالاة والاسراف في كل من نظرية الشخصية «١» ونظرية التخصيص . فالأولى تسرف في ربط الذمة بالشخصية حتى تدمجها فيها ادماجاً كلياً بحيث لا تعود ترى فيها الا الشخصية ذاتها في مظهرها المالى ، فيتأدى بها منطقها الى خلع صفات الشخصية كلها على الذمة ، وهو ما يفضى الى نتائج غير مقبولة . والنظرية الثانية تسرف في فصل الذمة عن الشخصية ، حتى لتسلم بوجود ذمة دون صاحب لها من الأشخاص مادامت توجد مجموعة متماسكة من الحقوق والالتزامات المالية تشترك في التخصيص بنفس الغرض .

وقد رأينا أنه يجب التسليم بأن لكل ذمة صاحباً أى شخصاً تسند اليه ، وهذا هو قدر الحقيقة من نظرية الشخصية الذى غفلت عنه نظرية التخصيص . ولكن ليس يعنى ذلك اعطاء الذمة أية صفة من صفات الشخصية : فلا هى ثابتة حتماً لكل شخص ، ولا هى متمنعة على التصرف والتنازل والانتقال بين الأشخاص ، ولا هى واحدة للشخص غير متعددة أو متجزئة . فقد يعترف القانون للشخص - الى جانب ذمته العامة - بذمة خاصة اذا خصصت مجموعة من أمواله بغرض معين ، وهذا هو قدر الحقيقة من نظرية التخصيص .

ولكن ينبغى أن يراعى أن تجزئة الذمة أو تخصيصها لا يتأتى بإرادة الأفراد وانما يقرره القانون . ومرد ذلك الى أن فى تخويل الأفراد سلطة تخصيص بعض أموالهم لأغراض معينة اخلاقاً بما يجب للمعاملات من ثقة وائتمان ، اذ التخصيص يحمل معنى الالتقاط مما للدائنين العاديين

---

(١) انظر مع ذلك فى الدفاع عن نظرية الشخصية :

عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ٢٢٨ - ٢٣١ . - محمد سامى مذكور ، المرجع السابق ، ص ١٢٣ - ١٢٧ . - عبد المنعم البدر اوى ، المرجع السابق ، فقرة ١٧٢ ، ١٧٤ .



من ضمان عام على الجانب الايجابى من ذمة المدين العامة «١» . فضلا عن أن في تجزئة الذمة الى ذمم متعددة بتعدد الأغراض ما ييسر للمدين التوصل الى تحديد مسئوليته تحديداً كبيراً ، اذ — مع تفتت الضمان العام بتوزعه بين الذمم — تكاد تهبط قيمة الجانب الايجابى لكل ذمة بالقياس الى جانبها السلبى .

### ٢٦٥ - جوهر فكرة الذمة المالية

يتجه الفقه الحديث فى مجموعه «٢» الى الابقاء على فكرة الذمة المالية مبرأة مما خلعت عليها النظرية التقليدية من صفات الشخصية وخصائصها . وبذلك أصبحت النظرة اليوم الى الذمة المالية باعتبارها وحدة قانونية مجردة لها ذاتية مستقلة ومنفصلة عن ذاتية ومفردات ما يدخل فى تكوينها من حقوق والتزامات مالية ، أى باعتبارها وحدة تفنى وتلاشى فيها عناصرها .

ولكن ينبغى أن لا تصرف هذه النظرة للذمة المالية الى المعنى الذى كانت تفهمه منها النظرية التقليدية أو نظرية الشخصية . فقد ظنت هذه النظرية أن تمتع الذمة بذاتية مستقلة عن ذاتية عناصرها ، يجعل من الذمة مجرد تصور فكري لا علاقة له بالواقع ، بحيث يمكن أن توجد الذمة حتى ولو كانت خالية من كل عنصر ايجابى أو سلبى . وليس مثل هذا الفهم لاستقلال ذاتية الذمة عن ذاتية عناصرها ، الا صدى للخلط بين الذمة والشخصية ، وهو خلط شائع عند أصحاب نظرية الشخصية كما أوضحنا ،

(١) فى هذا المعنى :

Ismail Ghanem, thèse précitée, No. 93.

(٢) انظر فى ذلك :

Beudant et Voirin, op. cit., Nos. 17, 18. — Colin, Capitant et De la Morandière, op. cit., No. 128. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 379. — Josserand, op. cit., No. 649. — Planiol, Ripert et Picard, op. cit., No. 15. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 2522.

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ،  
فقرة ٢٧٠ .



ويكاد يلغى أى معنى لوجود فكرة الذمة اذ يقلب مدلولها من مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية ، الى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات المالية . و فرق كبير بين المجموع الذى لا يرد الا على عناصر فعلية واقعية موجودة حتى ولو كانت متغيرة ، وبين مجرد الصلاحية التى تعتبر صفة قائمة مستمرة لا تتوقف على وجود عناصر فعلية ولا تتخلف بتخلفها .

فالذمة المالية اذن ينبغى أن تفهم على أنها وحدة متماسكة مترابطة من الحقوق والالتزامات المالية المتقابلة ، بحيث تظل هذه الوحدة قائمة — ما دامت لم تخل من عناصر قط — رغم تغير ذاتية العناصر المؤلفة لها . فقد تخرج بعض العناصر من ذمة الشخص ، وقد تدخل فيها بعض عناصر جديدة — اذ حقوق الشخص والتزاماته المالية فى تغير دائم مستمر لا تثبت على حال واحدة — دون أن ينفى ذلك وجود وحدة دائمة تنتظم مجموع حقوق هذا الشخص والتزاماته المالية المتغيرة . فالذمة اذن — وان كان لا وجود لها بتغير عناصر تكوينها — لا يتأثر وجودها بتغير عناصرها المستمر . ومثل الذمة فى ذلك مثل الأمة ، لا يتأثر وجودها بالتغير المستمر فى ذاتية أفرادها ، بموت من يموت منهم وميلاد من يولد .

وهذه الوحدة التى تنتظم مجموع حقوق الشخص والتزاماته المالية فى ضرب من التماسك رغم ما قد تتعرض له هذه الحقوق وتلك الالتزامات من تغير مستمر ، هى جوهر فكرة الذمة المالية ، ذلك الجوهر الذى يعبر عنه عادة بأن للذمة — كوحدة — كياناً مستقلاً عن كيان وذاتية عناصرها الدائمة التغير .

## ٢٦٦ - أهمية الذمة المالية

تربط الذمة المالية على هذا النحو ، بين الجانب السلبى والجانب الايجابى فيها ربطاً محكماً وثيقاً تتضح أهميته من ناحيتين : فمن ناحية ، يعتبر الجانب الايجابى مسئولاً عن الجانب السلبى وضامناً له بحيث تكون



كل ديون الشخص مضمونة دائماً بكل حقوقه ، فيكون للدائنين اذن ضمان عام على جميع أموال المدين . ومن ناحية أخرى ، تنتقل الذمة بجانيها الايجابى والسلبى الى الورثة كما تحدد مضمونها نهائياً عند الوفاة « ١ » . فنعرض فيما يلى بايجاز للضمان العام للدائنين ، ثم لانتقال الذمة بالوفاة .

(١) الضمان العام للدائنين : قلنا ان الذمة المالية تكون وحدة قائمة بذاتها مستقلة عن مفردات وذاتية عناصرها . وهذا الكيان الذاتى للذمة يجعل الجانب الايجابى فيها مسئولاً عن الجانب السلبى دون تحديد لمفردات كل منهما أو اعتبار لما قد يطرأ على هذه المفردات من تغيير . وبذلك يكون مجموع حقوق الشخص ضامناً لمجموع التزاماته ، بمعنى أن ضمان الدائنين لا يقع على حق أو مال معين بذاته من حقوق المدين أو أمواله ، بل يقع على الجانب الايجابى من ذمة المدين برمته باعتباره ذا كيان ذاتى مستقل عن ذاتية مفرداته ومحتوياته . ومن هنا يكون للدائنين حق ضمان عام ( droit de gage général ) على جميع أموال المدين . وعلى ذلك تنص المادة ٢٣٤/١ من التقنين المدنى المصرى بقولها « أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه » .

(١) اذا كانت الذمة المالية بما تولده من تقابل بين مجموع حقوق الشخص والتزاماته المالية تتخذ - فى الفقه السائد - أساساً وتدبيراً لضمان الدائنين العام ولانتقال حقوق المتوفى والتزاماته معاً الى الورثة ، فثم محاولات حديثة من جانب بعض الفقهاء ( Ghanem, thèse précitée, Nos. 13 - 22 ) اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١١٩ - ١٢٢ ) . تنكر رغم ذلك الحاجة الى فكرة الذمة المالية لهذا التبرير ، وتذهب الى امكان الاستغناء عنها ، باسناد الضمان العام للدائنين الى طبيعة الحق الشخصى ( انظر فى هذا الاتجاه كذلك : Mevorach, article précité, pp. 815, 816, 822 ) - شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فقرة ٥ ، ص ٧ - ٩ . - شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات فى القانون المدنى الجديد ، الجزء الأول فى النظم القانونية للتأمينات العينية ، ١٩٥٦ ، فقرة ٨ و ٩ ، وباسناد استخلاف الورثة على حقوق المتوفى والتزاماته الى مقتضيات الائتمان واعتبارات العدل . انظر فى مناقشة هذا الاتجاه وفى الإبقاء على فكرة الذمة المالية :

كتابنا فى الحقوق العينية الاصلية ، ص ٢٦ و ٢٧ و ٣٠ .



ويراعى أن المشرع المصرى قد أحسن التعبير عن فكرة الضمان العام على هذا النحو ، متفاديا ما يشيع لدى كثير من الفقهاء والكتاب من القول بأن الضمان العام للدائنين يقع على ذمة المدين ، وهو خطأ واضح . إذ كيف تعتبر ذمة المدين ضامنة لديونه ، والذمة هى مجموع الحقوق والديون معا ؟ . انما تكون ديون المدين - وهى المكونة للجانب السلبى من ذمته - مضمونة بمجموع أمواله وحقوقه أى بالجانب الايجابى وحده من هذه الذمة .

ومثل هذا الضمان العام المقرر للدائنين ، يتفق مع طبيعة الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية . ذلك أن الدائنين أصحاب هذه الحقوق لا تكون لهم أية سلطة مباشرة على شئ أو عين معينة من أعيان المدين ، وانما تكون لهم قدرة اقتضاء عمل معين من المدين . فاذا لم يف المدين بما عليه من التزام ، فليس معنى ذلك ضياع حقوق هؤلاء الدائنين بدعوى عدم ورودها مباشرة على عين معينة من أعيانه ، ذلك أن حقوقهم - باعتبارها داخلية فى الجانب السلبى من ذمة المدين - وهذا الجانب مضمون بما يقابله فيها من جانب ايجابى - انما تكون مضمونة الوفاء بمجموع أموال المدين كوحدة ذاتية مستقلة لا كأموال معينة بالذات ، بحيث لا يقتصر الضمان على أموال المدين الحاضرة وقت نشوء الديون بل يمتد كذلك الى أمواله المستقبلية .

غير أن هذا الضمان العام - ان كان ذا فائدة للدائنين من هذه الناحية ، وللمدين من ناحية أنه يجعل يده فى الأصل حرة التصرف فى أمواله باعتباره ضمائنا لا يثقل أحد هذه الأموال بالذات وانما يرد عليها كمجموع ذاتى مستقل - الا أنه قد يضر الخطر للدائنين من ناحيتين : فمن ناحية ، يرد ضمان الدائنين على الجانب الايجابى من ذمة المدين كوحدة ثابتة فى ذاتها ومتغيرة فى عناصرها ؛ فاذا نقصت العناصر المكونة لهذا الجانب بخروج بعضها من ذمة المدين ، فتنقص بالتبعية قيمة هذا الضمان بالنسبة للدائنين . ومن ناحية ثانية ، يتساوى الدائنون فيما لهم من ضمان على جميع أموال



المدين « ١ » ، لأن كل ديون المدين مضمونة بكل حقوقه • وهذه المساواة قد تعرضهم لخطر التضاحم على أموال المدين عند عدم كفايتها لوفاء الديون كاملة ، واقتسامهم لها فيما بينهم قسمة غرماء بنسبة دين كل منهم « ٢ » •

(٢) انتقال الذمة المالية بالوفاة : مادامت الذمة تمثل وحدة قانونية يرتبط فيها الجانب الايجابى بالجانب السلبى ، فان هذا الارتباط والتماسك بين الجانبين لاينهار بوفاة الشخص ، بل يظل قائماً بحيث تنتقل ذمته الى الوارث بمجموع حقوقها والتزاماتها المالية على السواء ، على النحو الذى تحددت به مفرداتها نهائياً عند الوفاة ، اذ بالوفاة يمتنع طروء أى تغيير عليها بعد ذلك بالزيادة أو النقصان •

وما دامت ذمة المورث — باعتبارها وحدة تمثل مجموع حقوقه والتزاماته المالية — تنتقل بالوفاة الى الوارث ، فمقتضى ذلك القول اما باندماج ذمة المورث فى ذمة الوارث ، واما بقيام ذمة المورث الى جنب ذمة الوارث بحيث تصبح للوارث ذمتان مستقلتان : ذمته الأصلية الخاصة به ، وذمة مورثه التى آلت اليه عن طريق الارث •

والقول باندماج ذمة المورث فى ذمة الوارث ، يجعل الوارث مسئولاً عن ديون التركة لا فى أموالها فقط ولكن حتى فى أمواله الخاصة كذلك • وهذا هو النظام الأصلى المتبع فى القانون الفرنسى خاصة • وقد رأينا من قبل فساد تفسيره على النحو الاقتراضى الذى تقول به النظرية التقليدية من اعتبار شخصية الوارث امتداداً لشخصية المورث •

---

(١) وعلى ذلك تنص المادة ٢/٢٣٤ من التقنين المدنى بقولها « وجميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان ، الا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون » .

(٢) يمكن دفع هذا الخطر عن طريق ترتيب حق عينى تبعى للدائن على عين معينة بالذات من أموال المدين ، بحيث يكون له اقتضاء دينه من ثمنها بالأفضلية والاولوية على غيره من الدائنين العاديين •



وأما القول بوجود ذمتين مستقلتين للوارث : ذمته الأصلية ، وذمة مورثه التي آلت اليه بالميراث ، فهو الذى يتفق فيما نرى مع قواعد القانون المصرى — المستمدة من أحكام الشريعة الاسلامية — التي تحدد مسئولية الوارث عن ديون التركة بقدر ما فيها من أموال • وهو الذى يتفق كذلك مع ما يجيزه القانون الفرنسى للوارث من تحديد مسئوليته عن ديون مورثه فى حدود ما تركه من أموال عن طريق « قبول التركة بخيار الجرد » (Sous bénéfice d'inventaire). ذلك أنه فى الحالين تعتبر ذمة المورث التي آلت الى الوارث مكونة لوحدة مستقلة قائمة بذاتها ، يضمن الجانب الايجابى فيها الجانب السلبى كما تحددت مفردات كل منهما عند الوفاة، بحيث يقتصر ضمان ديونها على مجموع حقوقها وحده، فلا يكون الوارث مسئولاً فى ذمته الأصلية وأمواله الخاصة عن وفاء ديون الذمة الموروثة •

والقول بوجود ذمتين منفصلتين للوارث فى القانون المصرى ، هو — فيما نرى — التفسير الصحيح لقاعدة « لا تركة الا بعد سداد الديون » ، التي تبنى عليها فى الشريعة الاسلامية أحكام الميراث • وهذا التفسير يفضل تفسيراً آخر يذهب اليه بعض فقهاء الشريعة الاسلامية وخاصة فقهاء الحنفية «<sup>(١)</sup>» من اعتبار تركة المتوفى فى المدينة باقية حكماً على ملكه تفريعاً على اعتبار شخصيته مستمرة وممتدة افتراضاً الى حين الفراغ من سداد ديونه وتصفية ذمته • اذ لا حاجة الى مثل هذا الافتراض البحت ، وهناك ما يغنى عنه من حقائق الواقع المتمثل فى وجود مجموعتين من الحقوق والالتزامات المالية ، لكل منهما استقلاله وكيانه الذاتى : المجموعة الخاصة

---

(١) انظر فى ذلك :

عمر عبد الله ، أحكام الميراث فى الشريعة الاسلامية ، ١٩٥٥ ، ص ٣٠ — ٣٢ • — محمد كامل مرسى ، المرجع السابق ، ج ٥ ، الميراث وتصفية التركة ، ١٩٥١ ، فقرة ٩٤ و ٩٥ •



بالوارث أصلا ، والمجموعة الخاصة بالمورث التي آلت بوفاته الى  
الوارث «١» .

---

(١) اذا كانت فكرة الذمة المالية - بما تولده من ترابط وتقابل لا ينهار  
بالوفاة بين جانبيها الايجابى والسلبى - هي اساس انتقال حقوق المتوفى  
والتزاماته معا الى ورثته كما رأينا ، فمن الفقهاء من ينكر مع ذلك الحاجة في  
القانون المصرى خاصة الى فكرة الذمة في هذا الصدد . وذلك على اساس القول  
بأن التزامات المتوفى لا تنتقل في القانون المصرى الى الورثة ، بل حقوق وحدها  
هى التى تنتقل اليهم ، وبذلك لا توجد ثمة ذمة تنتقل ، وانما كل ما فى  
الأمر ان الوارث يكسب هذه الحقوق عن طريق الميراث ، والميراث سبب من  
أسباب كسب الملكية ( انظر : شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فقرة ٥ ، ص ٩ ) .  
ولكن الواقع ان احكام التقنين المدنى الجديد فى تصفية الشركات والقواعد  
العامه للقانون المصرى لا تستقيم الا مع القول بانتقال التزامات المتوفى وحقوقه  
على السواء الى الورثة ( انظر فى هذا المعنى : اسماعيل غانم ، المرجع السابق ،  
ص ١٠٦ و ١٠٧ ؛ وكذلك دروسه فى الحقوق العينية الاصلية ( على الآلة  
الكاتبة ، ١٩٥٤ ، ص ١٣٥ - ١٣٧ ) ؛ أى بانتقال ذمته برمتها اليهم كما تحددت  
عناصرها عند الوفاة . كل ما فى الأمر ان هذه الذمة فى انتقالها الى الورثة  
لا تختلط بدمهم الاصلية ، بل يظل لها كيانها المستقل ، بحيث تتحدد  
مسئوليتهم عن التزامات المورث بقدر ما ترك من حقوق .







## الباب الأول

### أحكام الحق

#### ٢٦٧ - تقسيم

قلنا ان الحق هو تلك الرابطة القانونية التي بمقتضاها يخول القانون لشخص ، على سبيل الافراد والاستثثار ، التسلط على شيء أو اقتضاء عمل من شخص معين .

ومن هذا التعريف ، يظهر الركناان الأساسيان للحق : فمن ناحية ، يجب أن يوجد شخص يسند اليه الحق هو صاحبه . ومن ناحية أخرى ، يجب أن يوجد شيء أو عمل معين يقع عليه الحق هو محله .

ومن هنا ، نقسم هذا الباب الى فصلين :

- الفصل الأول — في صاحب الحق .
- الفصل الثاني — في محل الحق .







## الفصل الاول

### صاحب الحق

( Le sujet de droit ) ( ١ )

#### ٢٦٨ - تمهيد

قلنا ان الحق يستند الى شخص يكون صاحبا له ، بحيث يستأثر وحده - دون غيره من الأشخاص - بالتمتع بما يخوله من سلطات ومكنات . ومن هنا وجد الترادف في الاصطلاح القانوني بين « صاحب الحق » ( Le sujet de droit ) وبين « الشخص » ( La personne ) وأصبحت

( ١ ) يراعى ان هذا الاصطلاح الفرنسي انما يؤخذ عند كثير من الفقهاء ، لا للدلالة على « صاحب الحق » فحسب ، وانما للدلالة كذلك على المحمل بالالتزام المقابل للحق . وواضح ما في ذلك من خلط غير مرغوب فيه ؛ ولهذا يضطر هؤلاء الفقهاء الى التمييز بين طرفي العلاقة القانونية ، بتسمية صاحب الحق « الطرف او صاحب الايجابي » ( le sujet actif ) ، وتسمية المحمل بالالتزام « الطرف او صاحب السلبي » ( le sujet passif ) .  
( انظر في ذلك :

Roguin, La science Juridique pure, t. II, 1923, No. 620. — Ionescu, thèse précitée, Nos. 66, 67, 77. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., No. 354 ).

ولكن مثل هذه التفرقة تفترض ضرورة قيام الرابطة القانونية بين طرفين من الاشخاص أحدهما يتحمل بالالتزام لصالح الآخر ، وهو ما سبق ان رفضناه لوجود روابط قانونية - هي روابط التسلط - لا يوجد فيها الا صاحب الحق ومحلله دون وجود طرف سلبي محمل بالتزام بالمعنى الدقيق ( انظر سابقا ، ص ٥٦٢ ، ٥٦٣ و ٦١٤ - ٦١٨ ) . ولذلك ينبغي قصر اصطلاح ( le sujet de droit ) علم ، صاحب الحق وحده ؛ وهو ما برر دعوة بعض الفقهاء - توكيا لكل خلط - الى احلال اصطلاح ( Le titulaire de droit )

محلله ( انظر : Minei, Essai sur la nature juridique des droits réels et des droits de créance, thèse, Paris, 1912, p. 312, cité par Ionescu, thèse précitée, p. 115, note (1) .

اما المحمل بالالتزام - حيث يوجد التزام بالمعنى الدقيق وطرف محمل به كما في روابط الاقتضاء - فلا بأس من ان يطلق عليه ، كما يقترح بعض الفقهاء ( Dabin, op. cit., p. 107 ) ، اصطلاح « le sujet d'obligation » .



الشخصية ( La personnalité ) نسبة الى الحق هي علامة الصلاحية لثبوته ونسبته الى صاحب معين .

وينبغي ، في التقديم لدراسة صاحب الحق ، أن ثبت أولا ضرورة استلزام وجوده كركن أساسى للحق ؛ وفي سبيل ذلك نرفض بعض النظريات الفقهية التى اما تنكر فكرته أساسا واما تكتفى بانكار الحاجة اليه في بعض الأحوال . ثم نعرض بعد ذلك لتحديد صاحب الحق وتعيينه بأنه من يعتبر من الأشخاص في نظر القانون ، سواء كانت شخصيته طبيعية أو معنوية . وعلى ضوء ذلك ، يرسم لنا نهج البحث في هذا الفصل .

## ٢٦٩ - الحق لا يتصور دون صاحب

إذا كان الفقه السائد مستقرا منذ قديم على ضرورة استلزام صاحب يسند اليه الحق ، فثم محاولات فقهية - رغم ذلك - يرفض بعضها مبدأ وجود « صاحب الحق » ، ويقتصر بعضها الآخر على الحد من اطلاق هذا المبدأ ومداه .

(١) انكار وجود صاحب للحق من حيث المبدأ : لا يتصور انكار وجود صاحب للحق انكارا مطلقا من حيث المبدأ الا متفرعا على انكار فكرة الحق ؛ ولذلك كان من الطبيعى - و « ديجى » هو زعيم المنكرين لفكرة الحق على ما سبق من بيان « ١ » - أن يكون كذلك هو زعيم المنكرين من حيث المبدأ لوجود صاحب للحق « ٢ » : فما دام ليس للحق عنده من وجود ، فبالتالى لا يوجد ثم صاحب لمثل هذا الحق المزعوم . واذا كان « ديجى » ينكر من حيث المبدأ وجود صاحب للحق ، فهو يستبقى - رغم ذلك - الاصطلاح الدال عادة عليه وهو ( Le sujet de droit ) ولكن ليصرفه الى معنى آخر يتفق مع نظرتة الى البناء القانونى . فهو يصرف هذا الاصطلاح

(١) انظر سابقا ، فقرة ٢٣٣ .

(٢) راجع في تفصيل هذا الانكار :

Duguit, op. cit., t. I, § 42 - § 48, pp. 451 - 533.



— مستفيدا من وحدة لفظ ( le droit ) الوارد به والدال على الحق والقانون في اللغة الفرنسية ، ومؤكدا ما يراه من أن الحق ليس الا القانون نفسه في تطبيقه على الأفراد المفيد من حكمه «<sup>١</sup>» — لا الى من يكون صاحبا لحق مزعوم ولكن الى من يكون خاضعا لحكم القانون «<sup>٢</sup>». فما دام لا وجود حقيقي عنده لغير القاعدة القانونية، فان المشكلة التي تثار حينئذ تكون هي مشكلة المخاطب بهذه القاعدة والخاضع لحكمها لا مشكلة صاحب الحق لا وجود له «<sup>٣</sup>» .

(١) انظر سابقا ، ص ٥٤٤ و ٥٤٥ .

(٢) وزيادة في تأكيد مدلول هذا الاصطلاح على هذا النحو ، يستعمل « ديجي » اصطلاح ( le sujet de droit objectif ) ، بما ينفي أى خلط بينه وبين « صاحب الحق » الذي يفضل تسميته ( le sujet de droit subjectif ) .  
( انظر : Duguit, op. cit., t. I, § 42, p. 455 ) .

(٣) ووضع المشكلة هذا الوضع ، هو الذي يملى على « ديجي » منطقته في تحديد شروط الخضوع للقاعدة القانونية والصلاحية لخطابها ومدلول الشخصية بالتالي ، وهو الذي يبرر كذلك اتكاره الشخصية على بعض المسلم لهم بها . ذلك ان مشكلة الشخصية تنحصر عنده في مشكلة الخضوع للقانون ولذلك فحلها يجب أن يتحدد بالقابلية او الصلاحية لهذا الخضوع . ولما كان القانون جملة من الأوامر والنواهي ، فلا يتصور أن يتوجه حكمه وخطابه الا الى كائنات ذات ارادة وبصيرة ، وهو ما لا يتوافر الا في أفراد الناس ذوى الادراك ؛ ولذلك لا تثبت الشخصية الا للانسان ذى الارادة الواعية وحده . فيخرج عنده اذن من عداد الاشخاص — خلافا للسائد في الفقه — عديم الارادة من الناس كالصغير غير المميز والمجنون ، وغير الانسان — من باب أولى — مما يطلق عليه اسم « الشخص المعنوى او الاعتبارى » سواء كان جماعة من الأفراد كالجمعيات او مجموعة من الأموال كالمؤسسات . فكل هؤلاء ليسوا اشخاصا ، لأنهم غير مخاطبين بحكم القانون لانعدام الارادة عندهم وهي مناط مثل هذا الخطاب . واذا وجدت ثم قواعد قانونية تخصهم او تمسهم ، فليس معنى ذلك أنها تتوجه اليهم بالخطاب او تنظر اليهم على أنهم من الاشخاص ، وانما هي تخاطب آخرين من الأفراد ذوى الارادة والادراك والشخصية بالتالي سواء بوصفهم ممثلين لهم يكلفون برعاية مصالحهم او بوصفهم غيرا يمتنع عليهم المساس بها .  
( انظر في تفصيل ذلك :

( Duguit, op. cit., notamment, § 42, pp. 452 - 456; § 44; § 46, pp. 498 - 510 ) .



واذا كنا قد ناقشنا منطق «ديجي» في انكار وجود فكرة الحق واتهمنا الى رفضه على التفصيل السابق بيانه «١» ، فيتعين كذلك أن نرفض بالتالي انكاره لوجود «صاحب الحق» «٢» المؤسس على الانكار الأول ؛ فالحق موجود كما سبق ، ولا بد له من صاحب كما سنرى . وفضلا عن ذلك ، فانكاره لوجود الحق وصاحبه قد تآدى به الى نتائج غريبة لا يمكن قبولها في ظل القوانين الوضعية السائدة ، مثل انكار الشخصية المعنوية أو الاعتبارية أساسا وانكار الشخصية الطبيعية كذلك على عديمي الارادة من الناس «٣» .

(٢) محاولة الحد من مبدأ استلزام صاحب للحق : تزعم هذه المحاولة المعروفة بنظرية «الحق دون صاحب» ( La théorie du droit sans sujet ) — «برنز» ( Brinz ) من فقهاء الألمان «٤» . وأساس هذه المحاولة الاعتقاد في أن الشخصية المعنوية أو الاعتبارية لا تعد وأن تكون محض افتراض وتحايل قانوني من الواجب الاستغناء عنه . ولا يجب أن تقف عقبة في سبيل ذلك مشكلة صاحب الحق بما تستلزمه من وجود مثل هذه الشخصية لاسناد الحقوق اليها .

---

(١) راجع سابقا ، فقرة ٢٣٤ ، ص ٥٤٦ - ٥٥١ .

(٢) انظر كذلك في مناقشة هذا الانكار ورفضه :

Gény, Science et technique en droit privé positif, t. III, No. 224, pp. 216 - 227; t. IV, pp. 193 - 198. — Ionescu, thèse précitée, No. 70. — Michoud, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, 3e éd., par L. Troabas, 1932, t. I, Nos. 21, 22, pp. 47 - 52. — Dabin, op. cit., pp. 163, 164.

(٣) انظر هامش (٣) ، ص ٦٩١ .

(٤) انظر ، خاصة ، في عرض هذه النظرية ونقدها :

Saleilles, De la personnalité juridique, Histoire et théorie, 2e éd., 1922, pp. 477 - 484. — Roguin, op. cit., t. II, Nos. 628, 629. — Michoud, op. cit., t. I, No. 8, pp. 19, 20; Nos. 17, 19. — Gorovtseff, Études des principes du droit, 2ème partie, Théorie du sujet de droit (extrait de la Revue trimestrielle de droit civil, 1926, 1927 ), pp. 38 - 44. — Ionescu, thèse précitée, No. 71, pp. 117 - 119. — Dabin, op. cit., p. 106, note (5), pp. 159 et s. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 140.



فاصطناع أشخاص وهمية — كالأشخاص المعنوية أو الاعتبارية — واسناد الحقوق اليها — ليس الا وسيلة لتحقيق الغرض أو الهدف من رصد مجموعة من الأموال كما في صورة المؤسسة أو من تجمع جماعة من الأفراد كما في صورة الجمعية . وإذا كان الأصل هو اسناد الحقوق الى شخص طبيعي باعتباره صاحباً لها ، فلما ينطوي عليه ذلك من تحقيق غرض أو هدف متعلق به . ولذلك اذا لم يوجد شخص طبيعي ، ولكن وجد هدف أو غرض جدير بالرعاية والتحقيق ، فيكفى وجود هذا الغرض لامكان قيام حقوق ترتكز عليه هي تلك اللازمة لادراكه وتحقيقه ، دون حاجة الى نسبتها الى صاحب معين واصطناع شخص وهمي يكون هو هذا صاحب .

وعلى أساس امكان وجود حقوق ( والتزامات ) لاتستند الى صاحب من الأشخاص اكتفاء باسنادها الى غرض معين ، تأدت هذه النظرية الى ما سبق أن رأيناه من دعوة الى الاستغناء عن اسناد الذمة المالية — وهي مجموعة من الحقوق والتزامات المالية — الى شخص يكون صاحباً لها ، اكتفاء باسنادها الى الغرض الذي تخصص به وتتركز حوله هذه المجموعة من الحقوق والتزامات «<sup>١</sup>» . وبذلك فرعت هذه النظرية على القول بوجود حق دون صاحب له — في صورة الحقوق التي تنسب الى الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية خاصة — القول كذلك بوجود ذمة مالية دون صاحب ، طالما هناك غرض يرتكز عليه الحق أو الذمة . ولهذا كما عرفت هذه النظرية بنظرية « الحق دون صاحب » ، عرفت كذلك بنظرية « ذمة التخصيص أو الغرض » (La théorie du patrimoine d'affectation ou à but).

وإذا كانت هذه النظرية تصل الى الاستغناء عن وجود صاحب للحق على هذا النحو ، فهي على أي حال لاتنكر — كما يفعل « ديجي » — ضرورة وجود صاحب للحق من حيث المبدأ ، وانما تكتفى بالحد من مدى

---

(١) راجع في نظرية التخصيص في الذمة المالية ، سابقاً ، فقرة ٢٦٣ .



هذا المبدأ وإطلاقه بادعاء إمكان وجود بعض حقوق لا تحتاج إلى صاحب «<sup>١</sup>» . ولكنها — بهذا الإنكار النسبي لصاحب الحق — تفتقد ما يتوافر لإنكار «ديجي» المطلق له من استقامة المنطق؛ فديجي منطقي مع نفسه حين ينكر مبدأ وجود صاحب الحق مادام ينكر مبدأ وجود الحق نفسه؛ أما التسليم بوجود الحق ثم الادعاء — كما تفعل هذه النظرية — بإمكان قيامه دون صاحب، فمنطق يعتوره الخلل «<sup>٢</sup>» لتهاثر مقدمته ونتيجته «<sup>٣</sup>» ، حتى لو كان هذا الادعاء محصوراً في نطاق محدود من الحقوق .

واختلال منطق هذه النظرية على هذا النحو لا يقتصر على هذا الوجه ، بل هو ماثل كذلك فيما تستتبعه من الالدفاع في طريق التحايل والافتراض الذي ما قامت إلا لمحاربة . فقد استهدفت أساساً إنكار فكرة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية بوصفها فكرة صناعية افتراضية ، ولكنها بإسنادها الحق إلى الهدف أو الغرض دون الشخص المعنوي أو الاعتباري مع تسليمها بمبدأ وجود صاحب للحق ، تكون قد اعتبرت الهدف أو الغرض —

(١) في هذا المعنى :

Michoud, op. cit., t. I, No. 19, p. 43. — Ionescu, thèse précitée, No. 71, p. 117. — Dabin, op. cit., p. 106, note (5)

(٢) ولذلك يدافع «ديجي» عن صاحب هذه النظرية بقوله أن من المستحيل أن يكون «بزئر» قد أراد الادعاء بوجود حقوق دون صاحب ، وإنما كل ما أراده — في الحالات التي لا يوجد فيها صاحب — هو إنكار وجود الحق نفسه ( انظر : Duguit, op. cit., t. I, § 45, p. 496 ) .

(٣) وهذا ما حدا ببعض الفقهاء إلى اتهامهم هذه النظرية بقيامها على الافتراض . انظر في ذلك ، خاصة ، قول «ميشو» :

« Gardant ce point de départ ( que l'homme seul est une personne réelle ), et supprimant la fiction, il ne leur restait plus aucun point d'appui pour les droits dont il s'agit; ils en étaient réduits à les laisser en quelque sorte en l'air, et à s'écarter de cette idée fondamentale qu'un droit ne se conçoit pas comme existant sans un sujet auquel il appartienne... Au fond, ( cette conception ) ne diffère pas essentiellement du système de la fiction » ( Michoud, op. cit., t. I, No. 8, p. 20 ).

وانظر كذلك ، من وجوه أخرى ، في اتهام هذه النظرية بقيامها على الافتراض :

Saleilles, op. cit., pp. 481, 482. — Gorovtseff, op. cit., p. 39.



في الواقع — هو صاحب الحق في هذه الصورة وساوت بينه وبين الشخص الطبيعي الذي تعتبره الشخص الحقيقي والصاحب الوحيد للحق ؛ فكأنها تنجو من افتراض تدعيه الى افتراض آخر تقع فيه «١» .

واذا كانت هذه النظرية تجعل نقطة ارتكاز الحق — في صورة الشخص المعنوي أو الاعتباري — هي الهدف أو الغرض دون هذا الشخص الذي تستبعده لوهيته ، ولا ترى غرابة في ذلك باعتبار أن الغرض — حتى في صورة اسناد الحق الى شخص طبيعي يكون صاحبا له — يظل هو نقطة الاسناد والارتكاز الحقيقي له رغم استتاره وراء هذا الشخص ، فمعنى ذلك — اذا أطلق هذا المنطق — وجوب الاستغناء حتى عن الشخص الطبيعي كصاحب للحق والاكتفاء باسناده كذلك الى الغرض أو الهدف من نسبته اليه ؛ وهذا مالاتفعله هذه النظرية مما يثير الشك — فيما تدعيه — من صلاحية الغرض بمفرده أساسا لارتكاز الحق . فضلا عن أن ادعاء اعتبار الغرض هو الأساس الحقيقي لارتكاز الحق، يعنى العود الى مشكلة صاحبه من جديد ، اذ يثور التساؤل حينئذ عن يسند اليه هذا الغرض أو عن يعتبر صاحبه ، وهو تساؤل — ان وجد جوابه في صورة الشخص الطبيعي بنسبة الغرض اليه — يظل دون جواب في صورة الشخص المعنوي أو الاعتباري طالما ينظر اليه كشخص وهمي ؛ ومعنى ذلك تصور وجود غرض دون صاحب يدعيه وينسب اليه، وهو تصور بادي الاستحالة «٢» لا يلبث أن يكشف كذلك عن استحالة التصور الأول الذي تقول به هذه النظرية من امكان قيام حق دون صاحب .

ومنطق اعتبار الغرض هو الأساس الحقيقي لارتكاز الحق ، يقود كذلك الى القول بإمكان كفاية وجود مثل هذا الغرض لقيام حق من الحقوق ولو كان هذا الغرض متعلقا بحيوان أو جماد ، وهو

---

(١) في هذا المعنى : Michoud, op. cit., t. I, p. 44, note (1).

(٢) في هذا المعنى : Gorovtseff, op. cit., pp. 42, 43.



ما يستتبع حتما الادعاء بإمكان اعتبار الحيوان أو الجملاد صاحبا للحق أو شخصا بالتالى ( اذ صاحب الحق ليس الا شخصا كما سنرى ) • وواضح أن هذه النتيجة التى ينتهى اليها فعلا بعض الفقهاء «<sup>١</sup>» — والتى تستمد أصولها من فكرة الهدف أو الغرض كمركز للحق — ليست بالنتيجة المعقولة لما تشيعه من خلط غير مقبول فى المنطق القانونى بين الشخص بوصفه صاحب الحق وبين الشئ بوصفه محل الحق •

ويبقى بعد ذلك أن هذه النظرية بقيامها على أساس اعتبار الشخص الطبيعى وحده هو الشخص الحقيقى الوحيد واعتبار الشخص المعنوى أو الاعتبارى بالتالى شخصا وهما افتراضيا ، انما تقوم — كما سنرى — على أساس غير سليم سواء من ناحية التأصيل النظرى أو القانون الوضعى ؛ فالشخصية المعنوية أو الاعتبارية تعبر عن حقيقة واقعية لا عن فكرة افتراضية ، والقانون الوضعى حين يقررها على هذا الأساس لا يدع سبيلا لجحدها أو انكارها •

وعلى هذا النحو ، يتكشف وهن الأساس الذى تقوم عليه هذه النظرية، واختلال منطق تركيبها، وشذوذ وخطورة النتائج التى تنتهى اليها • وإذا كنا نرفض هذه النظرية رغم نسبية انكارها لاستلزام وجود صاحب للحق ، ونرفض من باب أولى انكار « ديجى » المطلق لمبدئه، فمعنى ذلك سلامة مبدأ وجود صاحب للحق من الناحية السلبية على الأقل • ولكن هذا المبدأ سليم كذلك من الناحية الايجابية • ذلك أن مجرد التسليم بوجود الحق — والتسليم بوجوده واجب على ما سبق البيان «<sup>٢</sup>» — ، يحتم حينئذ — حتى باعتراف منكريه «<sup>٣</sup>» — ضرورة وجود صاحب له يكون نقطة

(١) أنظر فى ذلك خاصة :

Bekker, cité par Michoud, op. cit., t. I, No. 18, p. 41. — Demogue, La notion de sujet de droit, Revue trimestrielle de droit civil, 1909, notamment, pp. 631 - 638.

(٢) أنظر سابقا ، فقرة ٢٣٤ .

(٣) Duguit, op. cit., t. I, § 45, p. 496



ارتكازه وأصل اتسابه . فالحق في جوهره رابطة قانونية تستلزم — على الأقل — وجود طرف من الأشخاص يكون هو صاحب الاستئثار بما تخول هذه الرابطة من قدرة تسلط أو اقتضاء . واعتبار « صاحب الحق » لازما على هذا النحو كركن أساسى للحق ، يجعله مثله حقيقة من الحقائق القانونية الجوهرية «<sup>(١)</sup>» لا — كما يرى بعض الفقهاء «<sup>(٢)</sup>» — مجرد أداة فنية أو وسيلة من وسائل الصياغة القانونية .

### ٢٧٠ - صاحب الحق هو الشخص

إذا كان الحق — كما رأينا — لا يتصور دون صاحب يسند اليه ، فمن المسلم بتحديد « صاحب الحق » بأنه « الشخص » ، بحيث بات مترادفا في الفقه التعبير بهذا الاصطلاح أو ذاك واسناد الحق الى « صاحب » أو « الشخص » على السواء . غير أنه ينبغي مراعاة أن الشخص إذا كان يعبر — بالنسبة الى الحق — عن صاحبه ، فهو كذلك يعبر عن صاحب بالنسبة الى الالتزام ؛ فالالتزام — كالحق — يلزمه صاحب ، وصاحب كل منهما هو الشخص .

من أجل ذلك ، نحتاج — للتعرف على صاحب الحق وتعيينه — الى تحديد المقصود باصطلاح « الشخص » أو « الشخصية » . وفي هذا الصدد ، ينبغي توقي الخلط بين مدلول هذا الاصطلاح في نظر الفلسفة والأخلاق وعلم النفس من ناحية ، وبين مدلوله في نظر القانون من ناحية أخرى «<sup>(٣)</sup>» ؛ فالخلط بين المدلولين كان من الأسباب الرئيسية الكامنة وراء

(١) في هذا المعنى :

Ionescu, thèse précitée, No. 74. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., No. 377. — Dabin, op. cit., p. 114.

وانظر كذلك سابقا ، ص ٥٥١ .

Demogue, article précitée, pp. 637 et s. — Génv, op. cit., t. III, (٢) No. 224, pp. 218 et s.

(٣) في هذا المعنى :

Michoud, op. cit., t. I, No. 2. — Réglade, op. cit., pp. 71, 74, 75. — Dabin, op. cit., pp. 108, 109.



ما أحاط مشكلة الشخصية في الفقه من مشاكل وتعقيدات كثيرة وخاصة من شأن الشخصية المعنوية أو الاعتبارية .

فالشخص في نظر الفلسفة والأخلاق وعلم النفس هو الانسان وحده ، لأن الشخصية — في هذا النظر — انما تعبر عن صفة كائن متميز له من طبيعته الروحية الواعية العاقلة — سواء كانت متحققة أو متخلفة في الواقع — ما يجعل له غاية خاصة به «<sup>١</sup>» ، وهي صفة لا تتوافر الا للفرد الانساني دون غيره من الكائنات الأرضية . وليس الحال كذلك في نظر القانون حيث يأخذ اصطلاح «الشخص» أو «الشخصية» مدلولاً آخر لا تلازم بينه وبين هذه الصفة الانسانية . فقد يخرج القانون من عداد الأشخاص بعض بنى الانسان ، وقد يثبت الشخصية لغير الانسان . وآية ذلك ، أن الرقيق لم تكن له شخصية في نظر الشرائع القديمة حيث كان الرق سائدا ومشروعاً . وإذا كان الرق قد زال اليوم فأصبحت الشخصية ثابتة لكل الناس على السواء ، الا أنها ليست قاصرة عليهم ، بل هي ثابتة كذلك لغير الانسان ؛ فثم جماعات من الأفراد كالشركات والجمعيات ، أو مجموعات من الأموال كالأوقاف والمؤسسات ، تعتبر أشخاصاً في نظر القانون .

فمدلول الشخصية اذن في نظر القانون لا يطابق تماماً مدلولها في نظر الفلسفة والأخلاق وعلم النفس ، ولا يفترض بالتالي حتماً توافر الصفة الانسانية ، ولكنه أوسع من ذلك مدى ونطاقاً . فالشخصية عند القانون تفيد مجرد الصلاحية لدى كائن ما لوجوب الحقوق له أو عليه ، بحيث يتحدد الشخص حينئذ بأنه من يمكن نسبة الحقوق والالتزامات اليه ، سواء كان من أفراد الناس أو من غيرهم . ولكن تعريف الشخص — في هذا النظر — بأنه من يمكن نسبة الحقوق والالتزامات اليه ، أو من يعتبر

(١) أنظر في ذلك :

Lalande, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, 6e éd., 1951, Personne, p. 759. — Réglade, op. cit., p. 75. — Dabin, op. cit., p. 108.



صالحا ليكون صاحبا للحقوق والالتزامات ، لا يقدم كثيرا من شأن تحديد صاحب الحق ، اذ يبقى تحديد مدلول ومعيار مثل هذه الصلاحية .

وفي هذا الصدد نجد اتجاهين متقابلين متطرفين : يتطرف أحدهما في تضيق مدلول هذه الصلاحية ، ويتطرف الآخر في توسعته . وأمام هذا التطرف ، سوف نجد المدلول الصحيح لهذه الصلاحية وسطا بين الاتجاهين .

أما الاتجاه الأول وهو اتجاه تضيق مدلول الشخصية ، فيقوم على أساس اعتبار الارادة العاقلة الواعية هي مناط الشخصية «<sup>١</sup>» . وعلى هذا النحو ، ينكمش مدلول الشخصية في القانون حتى عن مدلولها في الفلسفة والأخلاق وعلم النفس . فرغم اتفاق المدلولين في قصر الشخصية على الانسان وحده دون غيره من الكائنات ، الا أن المدلول الثاني يقنع بتوافر صفة الانسانية وحدها ، بينما يتطلب المدلول الأول — فضلا عن صفة الانسانية — ارادة عاقلة واعية . ولذلك اذا كان كل انسان شخصا في نظر الفلسفة والأخلاق وعلم النفس ، فلا يعتبر من الناس شخصا في نظر القانون — عند هذا الاتجاه — الا من يتمتع بوعي وعقل وارادة ؛ وهو ما يؤدي الى اعتبار المجنون أو الصغير غير المميز من الأشخاص في النظر الأول ، وانكار الشخصية عليه في النظر الثاني «<sup>٢</sup>» أو على الأقل اعتبار شخصيته افتراضية لاحقيقية «<sup>٣</sup>» .

وأما الاتجاه الثاني وهو اتجاه توسعة مدلول الشخصية ، فيقوم على أساس رفض ما يذهب اليه الاتجاه الأول من جعل الارادة مناط الشخصية ،

---

(١) انظر في هذا الاتجاه خاصة :

Duguit, op. cit., t. I, § 42 - § 48, pp. 451 - 533. — Roguin, op. cit., t. II, Nos. 647 - 692, pp. 313 - 356.

(٢) Duguit, op. cit., t. I, § 44, pp. 469 - 481

(٣) Roguin, op. cit., t. II, Nos. 684 - 691, pp. 347 - 354.

ولكن اذا كان هذا الفقيه يعتبر شخصية المجنون والصغير شخصية افتراضية ، فهو يرى — رغم ذلك — الابقاء عليها نظرا لما تحققه من فوائد كثيرة ( انظر خاصة : Roguin, No. 691, pp. 352 - 354 ) .



فإن اشتراط الارادة اذا كان لازما أحيانا في صدد مباشرة الحق والتصرف فيه ( l'exercice ou la disposition ) ، فهو غير لازم في صدد التمتع به ( la jouissance ) . فالحقوق إنما توجد لتمكين التمتع ببعض المزايا والمصالح ؛ وليس ثم ما يحتم قصر ذلك على ما يتعلق بالإنسان وحده ، فالتمتع بالمزايا والمصالح متصور كذلك من جانب الحيوان والجماد إذا حصل تصرف لصالحهما . وحينئذ ليس ثم ما يمنع من القول بأن الحيوان أو الجماد المتصرف لصالحه يعتبر صاحب حق مادام هو التمتع بفوائده ومزاياه ، وهو ما يكفي لجعله كذلك شخصا في نظر القانون . وعلى هذا النحو ، لا يتحدد مناط الشخصية بصفة الانسانية ولا بالارادة الواعية ، وإنما يتحدد بالمصلحة المقصودة من الحق ؛ فيكون الشخص اذن هو التمتع بهذه المصلحة ، سواء كان انسانا أو حيوانا أو جمادا . وواضح أن هذا المدلول للشخصية أوسع من مدلولها في الفلسفة والأخلاق وعلم النفس ، لأنه يبسطها حتى على الأشياء الحية وغير الحية دون قصرها على الإنسان . ولا يرى هذا الاتجاه غرابة أو شذوذا في توسعة مدلول الشخصية على هذا النحو ، مادامت الشخصية أداة من أدوات الصياغة يسخرها القانون لتحقيق أغراضه ، ومنها حماية المصالح على اختلاف أنواعها وتمكين أصحابها — أيا كانوا — من التمتع بها عن طريق وضعهم على رأس الحقوق التي تمثلها ؛ بل إن استخدام الشخصية على هذا النحو الواسع أفضل واقعية من الطرق الملتوية التي يصطنعها الفقه عادة — في صورة التصرف لصالح حيوان أو جماد — وينسب بمقتضاها الحق إلى الإنسان المكلف برعاية هذا الصالح ، مع شغل هذا الحق وتثقيله بعبء يكاد يستغرقه هو التخصيص لخدمة هذا الصالح « ١ » .

(١) انظر في تفصيل هذا الاتجاه والدفاع عنه :

Demogue, article précité, notamment, pp. 631 - 645.

وقرب من هذا الاتجاه نظرية ( Bekker ) في التفرقة بين « التصرف » و « التمتع » ( انظر : : Michoud, op. cit., t. I, No. 18 ) ، ونظرية ( Brinz ) في « الحق دون صاحب » ، ( انظر : : Michoud, op. cit., t. I, No. 17, 19 ) وسابقا ص ٦٩٢ وما بعدها .



وقبل أن نعرض لقيمة هذين الاتجاهين ومدى توفيقهما في تحديد مدلول الشخصية ، نستبعد بداءة اقامة الاتجاه الأول — عند بعض دعاة مثل « ديجي » — على أساس خاص هو انكار وجود الحق ووجود صاحب له ، وحصر مشكلة الشخصية بذلك في مشكلة المخاطب بحكم القانون ، وحلها بجعل الارادة العاقلة هي مناطها ادعاء بما ينبغي أن يتطلبه القانون — وهو أمر أو نهى — من وعى وعقل في المخاطب به «<sup>١</sup>» ؛ مادنا قد رفضنا انكاره لمبدأ وجود الحق وصاحبه «<sup>٢</sup>» . بل ان اناطة الشخصية بالارادة على هذا النحو ، مرفوض كذلك حتى لو سلمنا بالكار وجود الحق وصاحبه . فليس معنى اعتبار الشخص هو المخاطب بحكم القانون ، وجوب توافر ارادة عاقلة عنده ؛ اذ القانون — كما يخاطب ذوى الارادة من الأفراد — يخاطب عديميها كذلك في كثير من الأحوال التي لاتتعلق بسلوك ارادى من جانبهم «<sup>٣</sup>» ، كما يفعل حين يجوز الزام الصغير غير المميز الواقع منه الضرر بتعويض عادل ، اذا لم يوجد مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول (م ١٦٤ / ٢ مدنى) ، وحين يلزم كل شخص — ولو كان غير مميز — يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر بتعويض المفقر في حدود ما أثرى به (م ١٧٩ مدنى) .

واذا استبعدنا هذا الأساس الخاص للاتجاه الأول المضيق لمدلول الشخصية ، تبقى مناقشة أساسه العادى عند باقى دعاة في حدود الفقه السائد من التسليم بوجود الحق وصاحبه . وينبغى في مناقشة هذا الاتجاه — في هذه الحدود — الربط بينه وبين الاتجاه الآخر الموسع لمدلول الشخصية . فاختلاف الاتجاهين — في الواقع — ليس الاصدى للاختلاف الفقهى في تعريف الحق وتحديد جوهره ؛ اذ يقوم الاتجاه الأول — المضيق

(١) انظر سابقا ، ص ٦٩١ هامش (٣) .

(٢) انظر سابقا ، فقرة ٢٣٤ ، و ص ٦٩٢ .

(٣) في هذا المعنى :



للشخصية باناطتها بالارادة — على أساس تصور الحق قدرة ارادية «١» ،  
بينما يقوم الاتجاه الثانى — الموسع للشخصية باناطتها بالتمتع — على أساس  
تصور الحق مصلحة يحميها القانون . ولذلك فقبول أى من الاتجاهين  
يقتضى التسليم أولا بما يقوم عليه من تصوير معين للحق ، وقد سبق لنا  
مناقشة ورفض اعتبار جوهر الحق قدرة ارادية أو اعتباره مصلحة يحميها  
القانون على السواء «٢» ، مما يوجب بالتالى رفض ما يجره ذلك من اناطة  
الشخصية بالارادة أو بالتمتع . فضلا عن أن النتائج المترتبة عن كل من  
هذين الاتجاهين نتائج شاذة غير مستقيمة لا فى حكم المنطق ولا فى حكم  
القانون الوضعى .

ففيما يتعلق بالاتجاه الأول ، يلزم — نتيجة اناطة الشخصية بالارادة  
فيه — اعتبار ما يتعلق بعديى الارادة — كالمجنون والصغير غير المميز — من  
حقوق غير منسوب اليهم وانما الى من يولى عليهم من أولياء أو أوصياء  
أو قوام ، وهو ما يتعارض مع حكم مختلف القوانين الوضعية فى القديم  
والحديث ، ومع ما يفرضه المنطق من وظيفة معينة لهؤلاء الأولياء هى النيابة  
عن المجنون أو الصغير فى رعاية مصالحه بمباشرة حقوقه لا اهدارها بنسبتها  
وادعائها لأنفسهم ، وفى أداء التزاماته من أمواله الخاصة لتحصيلهم هم  
بأدائها من أموالهم . وشذوذ هذه النتيجة ، هو الذى حدا بأنصار هذا  
الاتجاه الى محاولة تفاديها — رغم لزومها لتعريفهم للحق — بحجج واهية  
غير مقبولة ، تزيد فى تأكيد عدم دقة ما يدعون من اعتبار الارادة جوهر

(١) وكذلك فاذا كان « ديجى » يحصر الشخصية فى مشكلة الخطاب  
بحكم القانون ويحلها باناطتها بالارادة ، فهو — على سبيل الاحتياط — يؤكد  
نفس الحل حتى لو تغير وجه المشكلة بافتراض وجود الحق وصاحبه ، لأن  
الحق عنده — بفرض وجوده — لا يمكن أن يكون الا قدرة ارادية ، ومثل هذه  
القدرة لا تتوافر الا للإنسان ذى الارادة الواعية ؛ ولذلك ، فكما لا يعتبر المجنون  
أو الصغير المميز شخصا مخاطبا بحكم القانون لا يعتبر كذلك شخصا صاحب  
حق حتى بفرض التسليم بمبدأ وجود الحق ( انظر :  
Duguit, op. cit., t. I, § 44, p. 481; Leçons de droit public général, pp. 98, 99).

(٢) راجع سابقا ، ص ٥٥٣ — ٥٥٥ و ٥٥٧ .



الحق ومناط الشخصية ؛ كالقول بأن الارادة المقصودة هي ارادة القانون أو المشرع لا ارادة صاحب الحق «١» ، أو بأن للمجنون أو الصغير غير المميز ارادة ممكنة بحسب الأصل أو في دور التكوين «٢» رغم أن المجنون قد يكون مقطوعا باستحالة برئه «٣» . وكذلك يجر اعتبار الارادة جوهر الحق ومناط الشخصية عند هذا الاتجاه الى ايجاد نوع من التدرج في الحق والشخصية يتمشى مع التدرج في قدر توافر الارادة عند الانسان ، بحيث تكون شخصية ناقصة الارادة غير كاملة وحقوقهم ناقصة بالنسبة لكاملى الارادة . وتلك نتيجة غير منطقية مردها الخلط الشائع عند هذا الاتجاه بين وجود الحق والشخصية من ناحية وبين استعمال الحق ونشاط الشخصية من ناحية أخرى . فانه اذا أمكن تصور النسبية في شأن القدرة على هذا الاستعمال أو النشاط والقول بتراوحها بين الاكتمال والنقصان تبعا لاختلاف درجة الارادة ، فهي غير متصورة في شأن الوجود لأن الحق والشخصية اما موجودان أو منعدمان ولا محل لوضع وسط بين الوجود والعدم هو الوجود الناقص «٤» ؛ فلناقصى الارادة من الأفراد — ككاملها — شخصية وحقوق واحدة وكاملة «٥» .

وأما فيما يتعلق بالاتجاه الثانى ، فقد رأينا — من نتائج اناطته الشخصية بالتمتع — امكان احتساب الحيوان والجماد من الأشخاص أصحاب الحقوق . واذا كان مثل هذا الاتجاه يرد فى أصله الى تصوير الحق

---

(١) Roguin, La règle de droit, p. 85, cité par Roguin, op. cit., t. II, No. 679.

وانظر كذلك سابقا ، هامش (١) ص ٥٥٤ .

(٢) فى هذا المعنى :

Saleilles, op. cit., pp. 582, 602, 603. — De La Pradelle, cité par Michoud, op. cit., p. 103.

(٣) انظر كذلك فى انتقاد هذا القول :

Roguin, op. cit., t. II, Nos. 681, 684. — Michoud, op. cit., t. I, No. 46. — Duguit, op. cit., t. I, § 44, pp. 478, 479. — Dabin, op. cit., note (3), p. 118.

Saleilles, op. cit., pp. 488, 489 (٤)

Dabin, op. cit., p. 119 (٥)



بأنه مصلحة يحميها القانون وتوجه اليه نفس الانتقادات الموجهة الى هذا التصوير «١» ، الا أن من الواضح — وغاية القانون هي حماية المصالح الانسانية بطريق مباشر أو غير مباشر، وحتى بافتراض التسليم بهذا التصوير للحق «٢» — أن المصلحة المقصودة يجب أن تكون مصلحة انسانية لا مصلحة حيوانية أو شبيهة ، إذ الصفة الانسانية وحدها هي التي تسبغ على المصلحة قيمة معينة تبرر حماية القانون لها في ذاتها وتمثيلها — في سبيل ذلك — بحق من الحقوق . وإذا كان القانون في بعض قواعده يبدو باسطا حمايته على الحيوان أو الجملاد بتحريم ايدائه أو العبث به ، فليس الحيوان أو الجملاد هو المقصود لذاته أساسا بالحماية حتى يقال انه شخص صاحب حق ، وانما المقصود بذلك دائما حماية مصلحة انسانية بحتة ، إذ القانون لا يهتم بالحيوان أو الجملاد الا بقدر منفعة للناس واعتباره محلا لمصالحهم وحقوقهم «٣» .

وهذا يكشف عما تشيعه توسعة مدلول الشخصية عند هذا الاتجاه على هذا النحو من خلط معيب بين صاحب الذي تنسب اليه سلطات الحق وبين المحل الذي تنصب عليه سلطاته ، رغم أن التمييز بينهما واجب محتوم . فالأشياء — كالحيوان أو الجملاد — ليست صالحة بحسب طبيعتها الا لتكون محلا للحق لا صاحبة له ، ولذلك يكون وصف هذا

(١) أنظر ، بصفة خاصة ، في هذه الانتقادات

Dabin, op. cit., pp. 68 - 72.

وأنظر كذلك سابقا ، ص ٥٥٧ .

(٢) إذا كان منطق هذا التصوير يؤدي الى اعتبار المتمتع بفوائد الحق هو صاحبه ، فان ذلك ليس صحيحا على اطلاقه ، إذ ثم حقوق يكون المتمتع بها غير صاحبها أو يكون صاحبها غير متمتع بها مثل « ملكية التخصيص لصالح الغير » (propriété d'affectation au profit d'autrui) ؛ ولذلك ليس من دليل قاطع ، يؤخذ من تمتع الحيوان أو الجملاد بفوائد حق من الحقوق ، على أنه حتما صاحبه .

( أنظر في ذلك : Dabin, op. cit., pp. 71 et 114 . )

(٣) في هذا المعنى :

Michoud, op. cit., t. I, No. 48 bis, p. 110. — Dabin, op. cit., pp. 112, 113. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 381.



الاتجاه لها بوصف الأشخاص واعتبارها من أصحاب الحقوق بالتالى افتراضا مخالفا للطبيعة والمعقول . فالأشياء مسخرة — بحسب طبيعتها — لخدمة الانسان وتمتعه ، ولذلك كانت محلا لتسلطه وسيطرته أى محلا لحقوقه ، فلا يتصور أن تكون هى بذاتها صاحبة للحقوق ينسب اليها اقتضاء عمل من انسان وهى خاضعة له أو التسلط على شئ آخر وهى فى طبيعتها مساوية له . فضلا عن أن هذا الخلط — بما يؤدى اليه من اعطاء الأشياء وصف الأشخاص — لا طائلة من ورائه ، اذ لاجدوى من الاعتراف للحيوان أو الجباد بشخصية وحقوق، اذا كان هو نفسه يظل خاضعا للأفراد ومحلا لحقوقهم، بحيث يكون الأفراد فى النهاية هم أصحابه وأصحاب حقوقه على السواء . . . . . واذا كان رفض اثبات الشخصية للحيوان أو الجباد واجبا على هذا النحو وفق ماتليه الطبيعة والمنطق ، فهو واجب كذلك فى حكم القوانين الوضعية التى تفرض مبدأ التمييز بين الأشخاص والأشياء وتعتبر الأخيرة دائما محلا لأصحابا للحقوق « ١ » .

---

(١) أنظر فى نفى شخصية الحيوان أو الجباد بصفة عامة ، وفى نقد ادعائها له بصفة خاصة :

Saleilles, op. cit., pp. 600 - 608. — Roguin, op. cit., t. II, Nos. 660 - 676, pp. 330 - 341. — Michoud, op. cit., t. I, No. 48 bis, pp. 109, 110. — Gorovtseff, op. cit., pp. 49 - 55. — Ionescu, thèse précitée, No. 72. — Dabin, op. cit., pp. 112 - 115. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 7. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 141. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 381.

وانظر ، مع ذلك ، فى اختلاف فقهاء الشريعة الاسلامية حول شخصية الحيوان أو اهليته : احمد ابراهيم ، الاهلية وعوارضها والولاية فى الشرع الاسلامى ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الاولى ، ص ٣٥٢ وما بعدها ، حيث يذكر أن أبا حنيفة وابن رشد من المالكية قد ذهبوا الى « أن غير الانسان من سائر أنواع الحيوان ، كما أنه ليس عليها واجبات تلزم بها قضاء ، كذلك ليس لها حقوق يطالب بها قضاء ، فهى ليست ذات أهلية للإيجاب والاستيجاب ، ولكن يجب الاحسان اليها فى المعاملة ديانة . . . . . ولكن ذهب جمهور علماء الشريعة الى أن مالك الحيوان اذا امتنع من الانفاق عليه أو أساء اليه فى المعاملة رفعت الدعوى حسبة ، فيأمره القاضى بكف الأذى عنه والانفاق عليه أو تركه يرعى ، أو يبيعه أو يسيبه فى مكان آمن يجد فيه رزقه ، فان لم يفعل باعه عليه =



ورفض الاتجاهين المتقدمين على هذا النحو ، يوجب الاتجاه وجهة أخرى لا تبلغ مبلغها من التطرف في قصر الشخصية على ذوى الارادة من الأفراد أو بسطها حتى على الأشياء من حيوان وجماد . ولكن ليس معنى وجوب احتساب الصغير غير المميز والمجنون من الأشخاص واستبعاد الأشياء من عداد الأشخاص ، ايجاد ترادف بين الشخص والالسان والعودة الى الخلط بين الشخصية القانونية والشخصية الفلسفية أو الأخلاقية ؛ فللقانون غاية معينة تملئ عليه مدلولاً معيناً للشخصية مختلفاً عن مدلولها الفلسفى أو الأخلاقى أو النفسى . ذلك أن القانون يستهدف اقامة نظام اجتماعى عادل ، وهو لا يتوصل الى ذلك الا بتمكين الكائنات المتميزة التى تمثل — بالنظر الى هذا الهدف — قيمة معينة من أن تكون لها أو عليها حقوق . وتحديد هذه القيمة الاجتماعية التى تثبت صلاحية لدى الكائن فى أن يكون على رأس حقوق والتزامات أو مركزاً لها ، أمر لا يتحكم فيه القانون الوضعى وإنما تملئ عليه حقائق الحياة الاجتماعية الواقعية والمثالية .

وإذا كانت هذه الحقائق تفرض اعتبار الانسان كائناً متميزاً له مثل هذه القيمة وتلك الصلاحية بصرف النظر عن توافر أو تخلف الوعى والادراك عنده ، لأن الانسان هو حجر الأساس فى النظام الاجتماعى وصالحه يظل هو نهاية المطاف من وجود الجماعة ووجود القانون والحقوق ؛ فإن هذه الحقائق كذلك تفرض عدم قصر هذه القيمة وتلك الصلاحية على الانسان وحده ؛ بل وجوب بسطها كذلك على تلك الكائنات الجماعية المتميزة بتنظيم معين لتحقيق مصالح انسانية لعدد كبير من الأفراد . فمثل هذه الكائنات الجماعية — على هذا النحو من التنظيم الذى يجعل لها كيانه

---

== القاضى ، فان الحيوان مخلوق ذو روح محترم فيجب حفظه ولا يترك لمالكه يعذبه . . . وعلى هذا يكون للحيوان حقوق يحكم له بها قضاء ، كما تجب له ديانة» (ص ٣٥٥) . ولكن يبدو أن القائلين بأهلية الحيوان يتجاوزون فى التعبير ، وأن فكرة الاحسان الى الحيوان قد صورت لهم أن الحيوان محمى لذاته ، بينما حمايته — كما قلنا — مفروضة أساساً لتحقيق مصلحة انسانية بحثة ، فلا تستتبع له أهلية أو حقوقاً .



مستقلا عن كيان الأفراد المنشئين لها أو المنتفعين بها ، ومن الهدف الذي يوجه كيانها المستقل الى تحقيق مايعتبر غاية للحقوق والقانون من أغراض ومصالح انسانية - ، لاتقل عن الانسان - في نظر القانون والنظام الاجتماعي - قيمة وصلاحية كمرکز للحقوق والالتزامات . ولذلك اذا كان القانون يثبت الشخصية لكل انسان ، فانما يثبتها له لما يمثل من هذه القيمة والصلاحية ؛ ولهذا لا يقصرها عليه وحده ، بل يجاوزه فيثبتها كذلك لغيره من الكائنات الجماعية المتميزة - مثل الجمعيات والشركات والأوقاف والمؤسسات - التي لها نفس هذه القيمة والصلاحية .

وعلى هذا النحو ، لاتنط الشخصية بالادراك أو الارادة ، ولا بالارتفاع أو التمتع ، ولا بالصفة الانسانية ، وانما تنط أساسا بالقيمة الاجتماعية (La valeur sociale) «١» ، فيكون الشخص هو الكائن المتميز «٢» ذو القيمة الاجتماعية لما يتعلق به أو يمثله أو يستهدفه من مصالح انسانية «٣» ، مما يفسر كونه صاحبا للحقوق والالتزامات وكون شخصيته هي صلاحيته لوجوب الحقوق له أو عليه ونسبتها اليه .

#### ٢٧١ - الشخصية واهلية الوجوب (٤)

اذا كان صاحب الحق هو الشخص ، وتحدد مدلول الشخصية على النحو المتقدم الذي يعنى صلاحية كائن لوجوب الحقوق له أو عليه ؛ فتنبغي

---

(١) انظر في ذلك خاصة :

Réglade, op. cit., pp. 75 - 79. — Saleilles, op. cit., pp. 583, 584. — Dabin, op. cit., p. 110.

(٢) انظر في استلزام أن يكون الشخص كائنا (être) له وجود متميز ، لامجرد نشاط (activité) ولو ذي قيمة اجتماعية :

Dabin, op. cit., p. 110.

(٣) قارب : Dabin, ibid.

وقارن : Réglade, pp. 76, 78, 79

(٤) يطلق فقهاء الشريعة الاسلامية اصطلاح « الذمة » على الشخصية ، ويجعلونها مناطا لاهلية الوجوب أو يجعلون الاهلية اثرا لها ( انظر في ذلك : =



مراعاة ما يشيع في الفقه «١» من التعبير عن الشخصية كذلك باصطلاح « أهلية الوجوب » واعتباره مرادفا لاصطلاحها ، بحيث يتحدد الشخص بأنه من يكون أهلا للوجوب له أو عليه . ورغم الصلة الوثيقة بين الاصطلاحين ومدلوليهما ، فتبقى بينهما فروق تبرر التمييز بينهما «٢» .

ذلك أن الشخصية ، وهي صلاحية كائن لأن تنسب إليه الحقوق والالتزامات ، إنما تواجه هذه الصلاحية في ذاتها من حيث مبدأ وجودها ، بحيث تعتبر موجودة أو منعدمة ولكنها لا تتصور أبدا ناقصة «٣» . فوجودها لا يتراوح بين الكمال والنقصان بتراوح عدد ما يتعلق به الصلاحية من حقوق والتزامات ، بل يكفي لوجود الشخصية ثبوت هذه الصلاحية أصلا ، ولو كانت متعلقة ببعض الحقوق والالتزامات دون بعض أو حتى بواحد منها فحسب «٤» . ولذلك فإذا كانت الشخصية ثابتة لكل أفراد الناس في القانون الحديث ، فمعنى ذلك أن لكل منهم —

= أحمد إبراهيم ، المقالة السابقة، ص ٣٥٢ . — على الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية ، ١٩٤٢ ، ص ١٨٥ و ١٨٦ . — عمر عبد الله ، سلم الوصول لعلم الأصول ، ١٩٥٦ ، ص ٨٢ و ٨٣ . — محمد مصطفى شلبي ، المدخل لدراسة الفقه الاسلامي ، ١٩٥٦ ، ص ٣٠٨ و ٣٠٩ .

وقارن : محمد يوسف مرسى ، الفقه الاسلامي ، ١٩٥٤ ، ص ٢٢٠ و ٢٢١ ، الذي يستبدل اصطلاح « الانسانية » باصطلاح « الامة » ( ) .

(١) عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ٢٢٠ . — عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ١٤٥ . — عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، فقرات ٤٠ و ٨٣ . — شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٤٧ . — محمد سامي مذكور ، المرجع السابق ، ص ٥٤ و ٨١ . جميل الشرقاوي ، المرجع السابق ، ص ١٢٠ . — عبد المنعم البدر اوى ، المدخل للقانون الخاص ، فقرات ٣٥ و ٩٠ . — عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية الحق ، ١٩٥٧ ، ص ٧٩ . — وكذلك كتابنا في « المدخل للقانون » ، ص ٤١٠ . (٢) انظر في ذلك خاصة :

سليمان مرقس ، المرجع السابق ، هامش (١) ، ص ٣٧٩ و ٣٨٠ .  
Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 791.

(٣) انظر سابقا ، ص ٧٠٣ .

(٤) في هذا المعنى :

سليمان مرقس ، المرجع السابق ، هامش (١) ص ٣٧٩ .



على قدم المساواة — مثل هذه الصلاحية في المبدأ ولو كان محروما من بعض الحقوق ، فيظل له — دون نقصان — نفس ما للباقيين غير المحرومين من شخصية ، مادام أن له من القيمة الاجتماعية مثلهم ما يجعله صالحا كصاحب يمكن أن ينسب اليه أى حق أو التزام . وإذا كان اختلاف الأشخاص في قدر ما يمكن نسبته الى كل منهم من حقوق أو التزامات ، لا ينتقص من تساويهم في الشخصية لأنه لا يمس مبدأ صلاحيتهم كأصحاب للحق أو الالتزام ؛ فهو يفرق بينهم من حيث مدى هذه الصلاحية ، وهذا المدى هو المقصود أساسا بأهلية الوجوب «<sup>١</sup>» ، وهو الذى يمكن أن يكون كاملا عند البعض وناقصا عند البعض الآخر بحسب شمول الصلاحية لكل الحقوق والالتزامات أو اقتصارها على بعض منها دون بعض «<sup>٢</sup>» ؛ ولذلك لا يحمل تساوى الأشخاص في الشخصية معنى تساويهم في أهلية الوجوب ، بل تتفاوت أهلية وجوبهم اتساعا وضيقا بحسب الأحوال دون أن ينتقص ذلك مما لهم من نفس الشخصية المتساوية .

فالشخصية اذن تتعلق بمبدأ الصلاحية لوجوب الحق أو الالتزام عامة دون تحديد أو تعديد ، بينما تتعلق أهلية الوجوب بمدى هذه الصلاحية من حيث قصورها أو شمولها لكل الحقوق والالتزامات . وعلى هذا النحو ، يتحدد الفاصل بين الشخصية وأهلية الوجوب ، رغم تعلقهما معا بهذه

(١) في هذا المعنى :

Marty et Raynaud, ibid.

(٢) قارن مع ذلك ما يراه بعض الفقهاء من ان أهلية الوجوب «صفة نسبية ينظر فيها الى صلاحية الشخص لكل حق أو واجب على حدة ، ويقدر عدد الحقوق والواجبات وأنواعها تتعدد الأهليات في الشخص الواحد . والاصل في كل من هذه الأهليات انها اما أن تثبت لصاحبها كاملة ، واما أن لا تثبت له ، فلا ترد عليها التجزئة » ( سليمان مرقس ، المرجع السابق ، هامش ص ٣٨٠ ) . ويبدو أنه لا تعارض حقيقى بين التصويرين ، وانما هما وجهان لفكرة واحدة . فاذا نظر الى مجموع الحقوق والالتزامات وتفاوت الأشخاص في الصلاحية في شأنه كلا أو بعضا ، كانت أهلية الوجوب شاملة كاملة أو قاصرة ناقصة . واما اذ انظر الى كل حق أو التزام منها على حدة وصلاحية الشخص في شأنه بالنسبة الى باقى الحقوق والالتزامات ، كانت أهلية الوجوب موجودة أو منعدمة لا ناقصة .



الصلاحية ، بالفصل بين التجريد والتطبيق ؛ فتكون الشخصية هي  
الصلاحية المجردة ( l'aptitude abstraite ) وأهلية الوجوب هي الصلاحية  
الواقعية أو المجسمة ( l'aptitude concrete ) .

وعلى هذا النحو ، اذا كان حرمان بعض الأشخاص من بعض الحقوق  
أو عدم الزامهم ببعض الالتزامات لا يلغى الشخصية أو ينكرها عليهم ، فهو  
يقيد أو ينتقص — رغم ذلك — من أهليتهم للوجوب «١» . ولذلك تكون  
الشخصية ثابتة للنساء مثلا رغم حرمانهن في بعض الشرائع من الحقوق  
السياسية واعفائهن من الخدمة العسكرية ، وللأجانب رغم حرمانهم في  
بعض الشرائع من تملك العقارات أو الأراضي الزراعية «٢» ، ولل قريب رغم  
حرمانه من الارث لاختلاف الدين «٣» أو لقتله المورث عمدا «٤» ؛ ولكن  
يكون لهذا الحرمان والاعفاء أثره على أهليتهم للوجوب ، فتكون مقيدة  
أو ناقصة بالنسبة الى غيرهم من ذوى الصلاحية الكاملة لوجوب كل الحقوق  
والالتزامات أو منعدمة في شأن الحق الوارد عليه الحرمان أو الالتزام محل  
الاعفاء بالذات «٥» .

#### ٢٧٢ — منهج البحث

اذا كان صاحب الحق هو الشخص ، وكان الشخص — على ما رأينا —  
هو الكائن ذا القيمة الاجتماعية سواء كان انسانا من خلق الطبيعة أو كائنا  
جماعيا من خلق الفكر والتصور ، فينبغى أن نعرض للشخص صاحب الحق  
في نوعيه الكبيرين هذين : الطبيعي ، والمعنوى أو الاعتبارى .

ولذلك تقسم هذا الفصل الى فرعين :

الفرع الأول — فى الشخص الطبيعى .

الفرع الثانى — فى الشخص المعنوى أو الاعتبارى .

(١) فى هذا المعنى :

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٥٤ .

(٢) أنظر القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ بمنع غير المصريين من تملك  
الأراضي الزراعية .

(٣) م ٦ من قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ .

(٤) م ٥ من قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ .

(٥) أنظر سابقا ، هامش (٢) ، ص ٧٠٩ .



## الفرع الاول

### الشخص الطبيعي

La personne physique

#### ٢٧٣ - تمهيد وتقسيم

يقصد بالشخص الطبيعي الانسان ، وكل انسان اليوم - دون استثناء - يعتبر شخصا في نظر القانون الحديث ؛ اذ الشخصية تقتض - كما رأينا - وجود كائن متميز له قيمة اجتماعية بالنظر الى ما يتعلق به أو يستهدفه من مصالح انسانية ، والانسان هو المثال الأصل - وان لم يكن الوحيد - لهذا الكائن . غير أن هذه الحقيقة المسلمة اليوم من اسباب الشخصية على كل انسان ، لم تكن كذلك على الدوام «<sup>١</sup>» . فقد كانت

---

(١) عرفت بعض الشرائع الحديثة - الى قريب - نظام « الموت المدني » (la mort civile) ، الذي كان يهدر شخصية المحكوم عليهم بالاعدام أو بالاشغال الشاقة المؤبدة في الجرائم العادية أو بالنفى في الجرائم السياسية . فقد كان هذا الموت المدني - عند هذه الشرائع - في حكم الموت الطبيعي ، تفتح به تركة المحكوم عليه به ، وتبطل وصيته ولو كانت محررة وقت قيام شخصيته وتعام اهليته ، وينحل زواجه فيحل لزوجه الزواج بغيره ، ويتجرد من الحقوق السياسية والوطنية تجردا تاما ، ويفقد اغلب الحقوق المدنية حتى لا يتبقى له منها الا ما يعتبر لازما لصيانة حياته (Capitant, op. cit., No. 94. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 830. — Josseland, op. cit., t. I, No. 193).

واذا كان هذا النظام يصل من اهدار الشخصية الى هذا الحد ، فيبدو - رغم ذلك - انه لا يعتبر معدما لها اعداما تاما ، مادام يظل المحكوم عليه بالموت المدني صالحا لوجوب بعض حقوق - ولو نادرة محدودة - له أو عليه ؛ فتبقى للمحكوم عليه - رغم الموت المدني - شخصيته قائمة . في هذا المعنى : Capitant, ibid. . وقارن مع ذلك :

(Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 339. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 441)

ولكن تقييد اهلية وجوبه وتحصر في اضيق نطاق .  
غير أن هذا النظام - في شدوده ، وقيامه على الافتراض ، وقسوته بما يصيب الأبرياء من النساء والأطفال - كان نظاما غير طبيعي مآله المحتوم



بعض الشرائع القديمة تقصر الشخصية على الأحرار وحدهم من الناس وتنكرها على الأرقاء «<sup>١</sup>» ؛ ولعل مرجع ذلك الى أن النظرة اليهم كانت باعتبارهم مجردين من القيمة الاجتماعية مناط الشخصية «<sup>٢</sup>» لارتهاان هذه القيمة حينئذ بالحرية ، مما حتم اخراجهم من عداد الأشخاص أصحاب الحقوق واحتسابهم ضمن الأشياء محل الحقوق «<sup>٣</sup>» .

== الى الزوال ، ولذلك لم تلبث الشرائع الذي عرفته ان انتهت به الى الالغاء ( ألفى في بلجيكا سنة ١٩٣١ ، وفي فرنسا بالنسبة الى الجرائم السياسية سنة ١٨٥١ وبالنسبة الى غيرها من الجرائم سنة ١٨٥٤ ) .  
( انظر : Ripert et Boulanger, ibid. ) .

واذا كان القانون الحديث قد تخلص اليوم من هذا النظام ، فما يزال يعرف — خاصة عقب الحروب والثورات وزوال الاحتلال الأجنبي — أنظمة ، ان لم تكن تختلط بنظام الموت المدنى ، فهي تحمل طابع بعض اثاره مثل « المصادرة العامة لكل أموال الشخص » او « عدم الجدارة الوطنية » او « الحرمان من شرف المواطن » .  
( انظر في ذلك :

Ripert et Boulanger, ibid. Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 12.  
شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٤٧ ) .

(١) ومع ذلك ، فمنطق « ديجى » فى تحديده الشخص بأنه الخاضع للقانون لاصحاب الحق ، ورهنه الشخصية بوجود ارادة واعية عاقلة ، قد انتهى به الى وجوب اعتبار الرقيق شخصا فى نظر الشرائع القديمة التى كانت تعرف الرق مادام كائنا ذا ارادة واعية ، اذ يعتبر بذلك مخاطبا بحكم القانون نتيجة اباحته له او تحريمه عليه بعض الافعال ، او على الاصح نتيجة تحريمه — على غيره من الافراد — بعض الافعال المنعكس اثرها عليه ( انظر : Duguit, op. cit., t. I, § 43, pp. 460 - 462 ) .

(٢) فى هذا المعنى :

Dabin, op. cit., p. 116.

(٣) ولذلك فى القانون الرومانى ، لم يكن للرقيق — خلافا للحر — أسرة شرعية فى نظر القانون ؛ ولاذمة مالية ؛ فلا ملكية له ولا ديون عليه ولا تركة يخلفها بعد وفاته ؛ ولا حق الالتجاء الى القضاء او المثل امامه ؛ ولا حق فرض احترام شخصيته اذا كان محل اعتداء من الغير ، فالمطالبة برفع الاعتداء او التعويض عنه من حق السيد وحده باعتباره مالكة كمطالبته به لو كان محل الاعتداء حيوانا او جمادا يملكه . وتختلف الشخصية عند الرقيق واعتباره من الأشياء على هذا النحو ، كان يخضعه لنفس نظام الأشياء من اعتباره مثلها محلا للتملك ملكية مفرزة او شائعة لاكثر من مالك ، او لتجزؤ ==



واذا كانت الشخصية معترفا بها في القانون الحديث لكل انسان ، فهي ثابتة له دون توقف على وجود ارادة واعية عاقلة عنده ؛ ذلك أن الارادة — على خلاف ما يزعم بعض الفقهاء — ليست مناطا للشخصية كما رأينا ، مادام أساس ذلك من النظر الى الحق باعتباره قدرة ارادية أساس غير سليم وتنتأجه المحتومة كذلك غير معقولة أو مقبولة «أ» . وانما تناط الشخصية بالقيمة الاجتماعية للكائن ؛ وتوافر الصفة الانسانية — حتى مع انعدام العقل والوعى والادراك — كاف — بالنظر الى غاية القانون وما يقرره من حقوق — لاثبات هذه القيمة للمجنون أو الصغير غير المميز . ولذلك ثبت للناس جميعا على قدم المساواة نفس الشخصية ، سواء كانوا كاملي العقل والادراك أو ناقصيهِ أو عديميه .

ولكن تساوى الناس في ثبوت الشخصية لكل منهم دون تمييز ،

---

= الملكية وتوزعها بين مالك رقبة وصاحب انتفاع ، أو للتملك بالاستيلاء اذا تخلى المالك عنه اذ — بهذا التخلي — لا يعود حرا بل يصير — كالحيوان المتروك — شيئا سائبا لامالك له يملكه أول واضع يده عليه .

ولكن البصر بحقيقة الواقع من اختلاف الرقيق عن بقية الانبياء نتيجة صفته الانسانية ، لم يلبث أن فتح الباب تدريجيا للاعتراف للرقيق ببعض نتائج الشخصية . ومن ذلك السماح أولا للرقيق بتمثيل سيده واستعارة شخصيته في بعض التصرفات القانونية لمحض اكساب السيد حقا كجعله مالكا أو دائنا ، مما أتاح النظر الى الرقيق في هذه الحدود — لاباعباره شيئا فحسب — بل باعتباره كذلك أداة للنشاط القانوني . ثم تطور الأمر الى حد السماح بنيابة الرقيق في تحميل سيده التزامات وجعله مدينا ، وهو ما كان يتحقق في العمل نتيجة وضع الرقيق على رأس سفينة أو مشروع تجارى أو صناعى والزام السيد قبل الغير بأثار قيامه بهذه المهمة .

انظر في تفصيل مركز الرقيق في القانون الرومانى :

Girard, Manuel élémentaire de droit romain, 6e éd., 1918, pp. 95 - 101.

(١) انظر سابقا ، ص ٥٥٣ — ٥٥٥ و ص ٧٠٢ و ٧٠٣ .  
وانظر خاصة ، في تأييد اثبات الشخصية للمجنون والصغير ونقد انكارها عليه :

Dabin, op. cit., pp. 117 - 123.



لا يعنى أنهم سواء في اكتساب نفس الحقوق «١»؛ ولذلك، فرغم اعتبار كل أفراد الناس أشخاصا ، الا أنهم يتفاوتون في مدى مالكل منهم — نتيجة شخصيته — من أهلية وجوب «٢» ؛ فتكون كاملة شاملة لكل الحقوق والالتزامات عند البعض ، وناقصة قاصرة على بعض الحقوق والالتزامات عند أفراد آخرين «٣» .

---

(١) Dabin, op. cit., p. 117

(٢) أنظر سابقا ، فقرة ٢٧١ .

(٣) وقد ثارت أمام القضاء المصرى — نتيجة نظام الرهبنة وما يفرضه من اعتبار الراهب ميتا بالنسبة الى العالم الدنيوى وغير صالح للتملك لنفسه وانما للدير الذى ينتمى اليه — مشاكل تتعلق بتحديد مركز الراهب وحظه من ثبوت الشخصية أو انعدامها ، ومدى أهلية وجوبه اذا كانت الشخصية باقية له ، ومدى صحة تجرده من حقوقه واكتساب الدير لها بدلا عنه . وينبغى ان نقرر في هذا الشأن ، ان مثل هذا النظام لا يمكن ان يعتبر صحيحا في القانون المصرى اذا كان القصد منه اسقاط الشخصية عن الراهب أو حصر أهلية وجوبه في أضيق نطاق ، لان قواعد الشخصية والأهلية من القواعد المتعلقة بالنظام العام التى يمتنع على الافراد — بل وعلى عرف طائفى كعرف الرهبنة ( عكس ذلك : استئناف مصر ، ٢٥ مارس ١٩٣١ ، المحاماة ، ١٢ ، ٣٦٤ ، ٧٤٤ ) — اهدارها أو الخروج عليها ( في هذا المعنى : استئناف مصر ، ٩ أبريل ١٩٣١ ، المحاماة ، ١٢ ، ٣٦٥ ، ٧٤٦ ) . ولكن ليس معنى ذلك اسقاط قواعد الرهبنة كليا ، واعتبار الراهب — على نفس وضعه السابق قبل الرهبنة — صاحب كل مايكتسبه من الحقوق وخاصة الحقوق المالية ؛ ذلك ان الراهب — بدخول الدير — يتبوا وظيفة دينية معينة فيه ، تفرض تحديدا معينات لعلاقاته بالدير ، وتمييزا بين ما يكتسبه من حقوق مالية بصفته الشخصية فيكون له وبين ما يكتسبه بصفته أو وظيفته الدينية فيكون للدير . وليس في اعتبار الدير صاحب طائفة الحقوق الأخيرة ما يخالف قواعد القانون الوضعى ، مادام اكتساب هذه الحقوق — رغم تحققه عن طريق الراهب — منظورا فيه الى وصف الراهب ووظيفته كنائب عن الدير أو ممثل له ، مما يوجب — والراهب لا يكتسبها لحساب نفسه — نسبتها الى الدير وإيقاعها في ذمته وحده .

وعلى هذا النحو ، يعتبر الراهب في القانون المصرى شخصا غير منقوصة أهلية وجوبه بسبب الرهبنة ، فيظل رغم الرهبنة وبعدها — كما كان قبلها — صالحا لأن يكون صاحباً للحقوق والالتزامات . وأما مايكتسبه الدير من حقوق عن طريقه، فهو اكتساب مشروع ليس مرده انعدام شخصية الراهب =



وإذا كانت الشخصية تثبت لكل انسان ، فهي تلازمه من ابتداء حياته الى حين وفاته . وهي ، في هذا المدى الزمني ، يكون لها ما يميزها — بالنسبة الى كل فرد عن بقية الأفراد الآخرين — من مميزات خاصة به . وهي اذا كانت — كما رأينا — لا تتطلب ارادة معينة في الفرد لثبوتها له ، باعتبارها مجرد صلاحية لوجوب الحقوق له أو عليه ، الا أن توليد الحقوق والالتزامات أو مباشرتها أو ترتيب الآثار القانونية بوجه عام قد لا يتحقق

== أو نقص اهلية وجوبه وانما نيابته عن الدير أو تمثيله له في هذا الاكتساب بحكم صفته ووظيفته . ولذلك لا يكتسب الدير مايؤول الى الراهب من حقوق بوصفه الشخصى ، بل تظل له وحده يرثها عنه اقرباؤه وورثته من بعده ( في هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، الجزء الاول ، هامش (١) ص ٢٦٧ ) .

وتحديد مركز الراهب في القانون المصرى على هذا النحو ، هو — فيما يبدو — ما أخذت به محكمة النقض ، حين قررت أنه « حيث انه يؤخذ . . . من الأحكام الكنسية أن الأموال التى تؤول للرهبان عن طريق وظائفهم أو بسببها تصبح ملكا للبيعة ، اذ الراهب يدخل الدير فقيرا مجردا عن كل مال كى يثقف ويربى تربيته دينية على حساب الدير ، راضيا بالنظام الكنسى القاضى بأن كل ما يصيبه من رزق لا يملك فيه شيئا بل يكون ملكا للكنيسة ؛ وهذا التراضى الذى جرى العرف الكنسى باتباعه ليس فيه ما يخالف مبادئ النظام العام أو احكام القانون فى شيء ما . وحيث انه لذلك فان الحكم المطعون فيه — اذ عد المطران مالكا لما اشتراه وقت أن كان شاغلا منصبه الدينى لمجرد أن العقود صادرة له شخصيا لا بصفته نائبا عن الكنيسة — قد اخطأ فى عدم الأخذ بالقواعد الكنيسة المحددة للعلاقة المالية بين الرهبان والكنيسة حالة كونها قانون الطرفين ؛ ولذا يتعين نقض الحكم المطعون فيه . . » ( نقض ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ ، مجموعة عمر ، ج ٣ ، رقم ١٥٥ ، ص ٤٣١ ) .

ولا يجب أن يعترض على هذا الحكم بأن فيه مخالفة لقواعد النظام العام المتعلقة بالشخصية والأهلية لا يملكها حتى العرف الطائفى المستقر فى هذا الشأن ( عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، هامش ص ٥٦ ) . فهذا الاعتراض يكون صحيحا لو كان الحكم يعنى أن هذا العرف يعدم شخصية الراهب أو يعد من اهلية وجوبه . أما وهو يحدد مضمون هذا العرف بأنه اعتبار الراهب نائبا عن الدير أو ممثلا له فى شأن ما يتم اكتسابه من حقوق عن طريقه بهذا الوصف فحسب مما يجعل الدير — لا الراهب — صاحبها ، فلا مخالفة فيه لقواعد النظام العام ، ولا وجه بالتالى للاعتراض على الحكم القاضى بصحته والزامه .



في بعض الصور الا نتيجة قدرة ارادية معينة عند الشخص ؛ وتفاوت الأفراد الطبيعي في توافر مثل هذه القدرة ، لابد منفاوت بينهم بالتالي من حيث مباشرة النشاط الارادى للشخصية أو « أهلية الأداء » ، فتتراوح هذه الأهلية - بتراوح قدر الارادة عند الأفراد - بين الانعدام والنقصان والكمال .

ومن ثم ، تقسم هذا الفرع الى ثلاثة مباحث :

المبحث الأول - في مدة الشخصية .

المبحث الثاني - في مميزات الشخصية .

المبحث الثالث - في النشاط الارادى للشخصية أو أهلية الأداء .



## المبحث الاول مدة الشخصية

### ٢٧٤ - تمهيد

مادامت الشخصية تثبت لكل السان باعتباره صالحا لوجوب الحقوق له أو عليه ، فهي تظل ملازمة له مادام بقيد الحياة ، فتبدأ بولادته وتنقضى بوفاته . وبذلك تقضى المادة ٢٩/١ من التقنين المدنى بقولها « تبدأ شخصية الانسان بتمام ولاديا حيا ، وتنتهى بموته » .

غير أن تحديد مدة الشخصية في بدايتها على هذا النحو ، ليس بالقاعدة المطلقة . فتمة اعتبارات عملية تحتم الخروج عليها ، اما بيده الشخصية قبل الولادة ، واما بانهاؤها دون تيقن من الموت الحقيقى .  
فنعرض فيما يلى على التعاقب لبداية الشخصية ونهايتها .

## المطلب الاول

### بداية الشخصية

يضع المشرع قاعدة بداية الشخصية فيقرر في الفقرة الاولى من المادة ٢٩ من التقنين المدنى أنه « تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا » . غير أن المشرع لم يلبث أن خرج على هذه القاعدة في تحديد بداية الشخصية ، حينما جعل في الامكان احتساب الجنين من قبل ولادته صاحبا لبعض الحقوق ، بنصه في الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه « ومع ذلك ، فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون » . فنعرض أولا لاستلزام تمام ولادة الانسان حيا ثم لمركز الجنين قبل الولادة .



## ٢٥٧ - تمام ولادة الانسان حيا

تبدأ شخصية الانسان - في الأصل كما يقرر المشرع - بتمام ولادته حيا ؛ أى يشترط لبدء شخصيته تمام الولادة من ناحية ، وتحقيق الحياة من ناحية ثانية .

(١) تمام الولادة : كان المذهب الحنفى المعمول به في مصر ، يكتفى في هذا الصدد بخروج أكثر المولود من أمه دون اشتراط خروجه كله «١» . ولكن المشرع المصرى - في قانونى المواريث والوصية الصادرين سنة ١٩٤٣ و ١٩٤٦ على التعاقب - عدل عن اتباع هذا الحكم وأخذ بحكم المذاهب الثلاثة الأخرى التى تشترط تمام الولادة بخروج المولود كله وانفصاله عن أمه انفصالا تاما «٢» ، وهذا أفضل حسبا للأمر وقطعا للمنازعات .

(٢) تحقق الحياة عند تمام الولادة : لا يكفي لثبوت شخصية المولود تمام انفصاله عن أمه وخروجه خروجا كاملا ، وانما ينبغى - فضلا عن ذلك - تحقق حياته فعلا عند تمام الانفصال ، حتى ولو مات عقب ذلك مباشرة . فالعبرة في ابتداء الشخصية اذن ، تكون بتوافر الحياة في المولود لحظة واحدة هى لحظة تمام الانفصال ، دون توقف على استمرار الحياة بعد هذه اللحظة . ومن الأعراض الظاهرة لثبوت الحياة اليقينية وتحقيقها : البكاء والصراخ والشهيق ؛ فان لم يظهر شيء من هذه الأعراض ، كان

---

(١) يذهب الحنفية الى ان المولود تثبت له الشخصية فيرث اذا خرج اكثره حيا ثم مات قبل ان يتم خروج باقيه . والمعتبر عندهم في خروج الاكثر ان يخرج صدره كله وهو حى ، فان خرج برجليه أولا فالمعتبر خروج سرتة وهو حى ؛ فاذا لم يخرج صدره كله في الحالة الأولى ، ولا سرتة في الحالة الثانية ، ثم مات قبل خروج سائرته ، فلا يرث ( انظر : أحمد ابراهيم ، التركة والحقوق المتعلقة بها ، مشار اليه في : محمد كامل مرسى ، المرجع السابق ، ص ٢٥٨ ) .

(٢) راجع المذكرة الايضاحية للقانونين ، وانظر كذلك : محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٠ ، فقرة ٧٥ ، ص ٨٨ و ٨٩ . - محمد كامل مرسى ، المرجع السابق ، فقرة ١٧١ .



للقاضي الاستهداء برأى أهل الخبرة من الأطباء لتقرير مدى تحقق حياة المولود وقت تمام الانفصال «١» .

وهذا الحكم الذى يأخذ به القانون المصرى من الاكتفاء باشتراط تحقق الحياة فى المولود لحظة تمام الانفصال «٢» ، يفضل الحكم الذى يأخذ به القانون الفرنسى من اشتراط قابلية المولود للحياة (viabilité) فضلا عن ذلك «٣» ، اذ من العسير فى العمل التثبت من هذه القابلية مما يفتح الباب واسعا لكثير من المنازعات . واختلاف الحكم على هذا النحو ، له أثره العملى البالغ . فلو كان المولود — رغم ولادته حيا — غير قابل للحياة ثم توفى بعد الولادة بوقت قصير ، ثبتت له الشخصية حتى وفاته فى القانون المصرى ولم تثبت له شخصية أصلا فى القانون الفرنسى ؛ بحيث اذا كان مستحقا فى تركة مفتوحة وقت الحمل أو بعد الولادة وقبل وفاته ، ورث نصيبه منها وتملكه فى القانون المصرى فيرثه عنه ورثته بوفاته ، ولم يرث شيئا فى القانون الفرنسى يمكن أن يورث عنه بعد وفاته بل يوزع النصيب الموقوف له على ورثة مورثه كأن لم يوجد المولود قط .

فاذا انفصل المولود اذن عن أمه انفصالا تاما وهو حى ، بدأت شخصيته ولو لم يكن قابلا للحياة . وأما اذا ولد ميتا أى وقع موته قبل تمام انفصاله ، لم تثبت له شخصية أصلا ، سواء كان موته طبيعيا أو بفعل فاعل «٤» .

---

(١) انظر المراجع المشار اليها فى الهامش السابق .

(٢) يكتفى بهذا الشرط كذلك — كالقانون المصرى — القانون المدنى الالمانى ( المادة الاولى ) والسويسرى ( م ١/٣١ ) .

(٣) Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 828.

(٤) وقد اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية حول صلاحية الجنين المستقط بجنائية توجب الغرة لكى يرث ويورث . فذهب الحنفية الى توريث هذا الجنين النصيب الموقوف له من تركة مورثه وتمليك الغرة المستحقة عن جنابة اسقاطه



وتثبت واقعة الميلاد بالقيـد في السجلات الرسمية المـعدة لذلك (م ٣٠/١ مدنى ) ، وهى التى ينظمها القانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٦ . فبمقتضى المادة ١١ من هذا القانون ، ينبغى أن يتم التبليغ عن الميلاد بمكاتب الصحة فى ميعاد لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم الولادة . وبمقتضى المادة العاشرة منه ، يجوز لكل ذى شأن أن يحصل فى أى وقت على صورة طبق الأصل من القيد فى دفاتر المواليد ، كما يجوز لأى شخص أن يحصل على مستخرج من دفاتر المواليد يقتصر فيه على بيان اسم المولود ولقبه وتاريخ وجهة الميلاد ، وكل ذلك مقابل دفع رسم معين يحدده وزير الصحة .

ولكن يراعى أنه ليس للسجلات المعدة لقيد المواليد ولا للشهادات المستخرجة منها حجية مطلقة فى اثبات واقعة الميلاد ، فيظل اثباتها جائزا بكافة الطرق . ولذلك تنص المادة ٣٠/٢ من التقنين المدنى على أنه اذا

---

بحيث يورث عنه كل ذلك ، على أساس أن فرض الغرة بسبب جنابة الاسقاط يعنى أن للجنين فى نظر الشارع حياة تقديرية وقت وقوع الجنابة وموتا تقديريا كذلك بسببها . وذهب الجمهور — ومن بينهم الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وابن حنبل — الى اعتبار الجنين حيا بالنسبة للغرة فقط فلا يورث عنه سواها ولا يرث من غيره للشك فى حياته وقت الجنابة . وذهب الامامان ربيعة بن عبد الرحمن والليث بن سعد من كبار المجتهدين الى عدم اعتبار الجنين حيا لبالنسبة للغرة ولا بالنسبة لغيرها ، فلا يرث ولا يورث لان حياته غير محققة وقت الجنابة وبالتالى غير محقق موته بسببها ؛ وليس فى ايجاب الغرة تقدير لشيء من ذلك ، فهى جزاء الاعتداء على الام الحامل فتكون لها وحدها لا يشاركها فيها احد لانها وجبت لها بسبب الجنابة عليها . وهذا الراى الاخير هو الأوجه والأصح ؛ وقد اختاره قانون المواريث وعدل به عن مذهب الحنفية الذى كان العمل جاريا به من قبل فى هذا الشأن ، ولهذا نص على اشتراط تحقق موت المورث او الحكم بموته وتحقق حياة المستحق للتركة وقت موت المورث او وقت الحكم بموته . ( انظر فى ذلك : عمر عبد الله ، احكام المواريث فى الشريعة الاسلامية ، الطبعة الاولى ، ١٩٥٥ ، ص ٤٧-٤٩ . وانظر كذلك المذكرة التفسيرية لقانون المواريث ) .



« ... لم يوجد هذا الدليل « ١ » ، أو تبين عدم صحة ما أدرج في السجلات ،  
جاز الاثبات بأية طريقة أخرى » « ٢ » .

غير أنه إذا كان اثبات واقعة الميلاد جائزا بكافة الطرق ، فإن اثبات  
ما يتفرع على الميلاد من نسب يخضع لقواعد الأحوال الشخصية . ومن  
المقرر في الشريعة الإسلامية أن المولود من زواج صحيح يثبت نسبه من  
الزوج بقرينة الفراش « ٣ » ، إذا كان ميلاده لتمام ستة أشهر فأكثر من حين  
عقد الزواج ، أو لتمام سنة على الأكثر من وقت الفرقة بالطلاق أو الفسخ  
أو وفاة الزوج « ٤ » . فإن كان ميلاده لأقل من ستة أشهر منذ الزواج أو  
لأكثر من سنة منذ الفرقة ، فلا يثبت نسبه من الزوج إلا إذا ادعاه ولم يقل  
أنه من الزنا ، ويكون ثبوته حينئذ بالاقرار لا بالفراش « ٥ » .

---

(١) يكفي عدم وجود شهادة الميلاد دون حاجة الى اثبات فقدانها لجواز  
السماح لذوى الشأن باثبات الولادة بجميع الطرق ( انظر : مجموعة الأعمال  
التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٣٢٢ و ٣٢٣ ) .

(٢) انظر فى ذلك :

عبد المنعم فرج الصدة ، الاثبات فى المواد المدنية ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٤ ،  
فقرة ١٩١ . - عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، فقرة ١٨٢ ،  
وهامش (١) ص ٣٤١ .

(٣) لا يتأتى نقض هذه القرينة الا عن طريق اللعان ( انظر : عمر عبد الله ،  
احكام الشريعة الإسلامية فى الأحوال الشخصية ، الطبعة الاولى ، ١٩٥٦ ،  
ص ٤١١ - ٤١٤ ) .

(٤) ولذلك تقضى المادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص  
ببعض أحكام الأحوال الشخصية بأنه « لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد  
زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد زوجة  
أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها  
إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة » .

وانظر فى تفصيل ثبوت النسب فى الشريعة الإسلامية :  
عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٤٠٦ وما بعدها .

(٥) عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٤١١ .



## ٢٧٦ - مركز الجنين

قلنا ان القاعدة التي يقررها المشرع تقضى بأن الانسان لا تبدأ شخصيته الا بتمام ولادته حيا . غير أن القانون رأى الخروج على هذه القاعدة ، بتقرير شخصية معينة للجنين قبل الولادة ، اذ نصت المادة ٢٩/٢ من التقنين المدني على أن « . . . حقوق الحمل المستكن يعينها القانون » ، بما يثبت للجنين صلاحية لوجوب بعض الحقوق له . فقواعد الأحوال الشخصية تثبت النسب للحمل ، وقانون الموارث يعتبره مستحقا للارث فيوقف له من تركة المتوفى أوفر النصيبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى ( م ٤٢٩٢ ) وقانون الوصية يقرر صحة الوصية له ( م ٣٥ ) .

وقد استخلص الفقهاء من ذلك أن صلاحية الجنين لاكتساب الحقوق قاصرة على الحقوق التي لا يتوقف ثبوتها على القبول ؛ فثبوت النسب لا يحتاج الى قبول ، والميراث يثبت للوارث دون توقف على قبوله ، والوصية تصح دون حاجة الى قبول الموصى له وان كان هذا القبول شرطا للزومها . ومن هنا ، قالوا انه ليست للجنين صلاحية لاكتساب الحقوق التي يتوقف ثبوتها على القبول ، فلا تجوز الهبة له مثلا لأنها تنعقد بايجاب وقبول «<sup>١</sup>» .

وهذا النظر مؤسس على القول بأن الولاية الما تبتدىء بالولادة ، فلا يوجد للجنين ولي يملك القبول عنه . واذا كان الأمر كذلك ، فيبدو أنه لم يعد اليوم لهذا النظر محل أو أساس في القانون المصري

### (١) انظر في ذلك :

عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ٩٥ و ٩٦ ( الهامش ) و ص ٩٩ . - عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، فقرة ٤٣ . - شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٢٥ . - محمد سامى مدكور ، المرجع السابق ، ص ٤٣ و ٤٤ . - جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، ص ٦٦ . - عبد المنعم البدر اوى ، المرجع السابق ، فقرة ٣٩ ، ص ٦٥ و ٦٦ . - عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ٣٨ ، ص ٦٠ .



بعد أن بات يقرر اقامة وصى على الحمل المستكن ؛ فالمادة ٢٨/١ و٢ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال تقضى بأنه « يجوز للأب أن يقيم وصيا مختارا لولده القاصر أو للحمل المستكن . — ويجوز ذلك أيضا للمتبرع في الحالة المنصوص عليها في المادة ٣ » ، والمادة ٢٩/١ منه تقضى بأنه « ان لم يكن للقاصر أو الحمل المستكن وصى مختار ، تعين المحكمة وصيا » . فما دام قد أصبح للجنين وصى مقام عليه ، فليس ما يبرر بعد حرمان الجنين من ثبوت بعض الحقوق له بدعوى توقف هذا الثبوت على القبول ، اذ للوصى حينئذ — بمقتضى ولايته — القبول عنه .

ولا يعترض على ذلك بأن وصى الحمل المستكن هو مجرد أمين للمحافظة — لا للولاية — على ماله ، لأن الولاية انما تبتدى بالولادة « ١ » ؛ فتلك مصادرة على المطلوب . فابتداء الولاية بالولادة — كما هي القاعدة — مرده اعتبار الولادة في الأصل هي بداية الشخصية ؛ ولذلك اذا كان القانون من قبل الولادة يعترف للجنين استثناء بالشخصية ، فليس ما يمنع اذن من ورود الولاية عليه كما ترد على المولود ومن قبوله عنه ما يتمحض لصالحه من حقوق .

بل ويقطع ورود الولاية على مال الجنين ، واعتبار الوصى عليه بالتالى وليا على ماله لا مجرد أمين ، تصريح نفس المشرع بذلك ، بنصه على أنه اذا « ... كان الموصى له جنينا أو قاصرا أو محجورا عليه ، يكون قبول الوصية أو ردها ممن له الولاية على ماله بعد اذن ( المجلس الحسبى ) » ( م ٢٠/١ من قانون الوصية ) .

---

(١) أحمد ابراهيم ، الأهلية وعوارضها والولاية ، المقالة السابقة ، ص ٣٥٦ . — محمد سامى مذكور ، الموضع السابق . — محمد كامل مرسى ، المرجع السابق ، هامش (١) ص ٢٦٧ . — عبد المنعم البدر اوى ، الموضع السابق . — عبد الفتاح عبد الباقي ، الموضع السابق .



وكذلك اذا كان قصد المشرع من تعيين وصى على الحمل المستكن هو حمايته تربصا بولادته وانفصاله ، وكان هذا القصد متحققا بالمحافظة على الموقوف له مما لا يحتاج الى قبول من ارث أو وصية ، فهو متحقق كذلك من باب أولى باكسابه حقوقا جديدة متمحضة لصالحه ولو كانت متوقفة على القبول ، فيقبل الوصى هذه الحقوق كما يفعل حين يحتاج حفظ مال الجنين الى الدخول في تصرفات قانونية تتطلب القبول .

ومن ثم ، يمكن تحديد صلاحية الجنين لاكتساب الحقوق بما هو نافع له نفعا محضا دون تمييز بين ما يتطلب منها القبول وبين ما لا يتطلبه ، اذ في حال تطلب القبول يملكه الوصى نيابة عنه ؛ وبذلك تصح الهبة للجنين وتنعقد بقبول وصيه «١» .

ويبدو من ذلك أن المشرع يعترف للجنين قبل انفصاله بالشخصية خروجا على قاعدة ابتداء الشخصية بالولادة ، ولكن هذه الشخصية لا تعطى الجنين الا أهلية وجوب ناقصة أو محدودة «٢» ، لاقتصار

(١) في هذا المعنى :

شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فقرة ٤٨ . - اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٥٦ و ١٥٧ .

ويبدو أن هذا الرأي كذلك يحظى بتأييد بعض كبار الأئمة من فقهاء الشريعة الاسلامية مثل الامام مالك ( انظر في الاشارة الى ذلك ، محمد كامل مرسى فقرة ١٧٤ ، ص ٢٦٦ ) . وهو الذى تقرره كذلك بعض التشريعات الحديثة كالتقنين المدنى الفرنسى الذى يقضى بأنه « يكفى في أهلية تلقى الهبة بين الأحياء أن يكون الموهوب له حملا وقت الهبة » ( م ١/٩٠٦ ) ؛ وكالتقنين المدنى اللبنانى الذى يقضى بأن « الهبات التى تمنح للأجنة في الأرحام يجوز أن يقبلها الأشخاص الذين يمثلونهم » ( م ٥١٨ ) مشار إليها في : محمد كامل مرسى ، المرجع السابق ، هامش (١) ، ص ٢٦٦ .

(٢) انظر مع ذلك فيما يذهب اليه البعض ، نتيجة الخلط بين الشخصية وأهلية الوجوب ، من القول بأن شخصية الجنين كذلك ناقصة :

عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص ٥٧ . - محمد سامى مذكور ، المرجع السابق ، ص ٤٣ . - جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، ص ٦٦ . - عبد المنعم البدواوى ، المرجع السابق ، ص ٦٧ . - عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص ٦١ .



صلاحيته أصلا على اكتساب ما ينفعه نفعا محضا من حقوق وما قد يتفرع من التزامات نتيجة ثبوت هذه الحقوق كذلك الناشئة عن إدارة أمواله أو بسببها « ١ » .

وإذا كان المشرع يعترف للجنين بشخصية وبأهلية وجوب ناقصة على هذا النحو ، فظاهر أنها شخصية وأهلية غير باتة لتوقف استقرارها نهائيا على تمام انفصاله وولادته حيا ؛ فإن ولد ميتا اعتبر كأن لم تثبت له شخصية أو أهلية وجوب أبدا ، وإن تمت ولادته حيا اعتبرت شخصيته وأهلية وجوبه ثابتة له منذ الحمل ومن قبل الولادة . ولذلك فإن الحقوق التي تثبت للجنين صلاحية اكتسابها قبل ميلاده تكون معلقة على شرط تمام ولادته حيا « ٢ » ؛ فإن تمت ولادته حيا اعتبر صاحباً لهذه الحقوق منذ ثبوتها له وقت الحمل ؛ وإن ولد ميتا فكأنه لم يكن ولم تتقرر له حقوق قط فيرد الموقوف له من الارث والوصية الى أصله من التركة ويقسم بين ورثة

---

(١) في هذا المعنى :

سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٢٤٢ ، ص ٣٨٢ .

(٢) تنص المادة ٤٣ من قانون الموارث على أنه « إذا توفي الرجل عن زوجته أو عن معتدته ، فلا يرثه حملها إلا إذا ولد حيا لخمس وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الوفاة أو الفرقة . ولا يرث الحمل غير أبيه إلا في الحالتين الآتيتين : ( الأولى ) أن يولد حيا لخمس وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الموت أو الفرقة أن كانت أمه معتدته موت أو فرقة ومات المورث أثناء العدة . ( الثانية ) أن يولد حيا لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من تاريخ وفاة المورث أن كان من زوجة قائمة وقت الوفاة » .

وتقضي المادة ٣٥ من قانون الوصية بأنه « تصح الوصية للحمل في الأحوال الآتية : (١) إذا أقر الموصي بوجود الحمل وقت الوصية وولد حيا لخمس وستين وثلاثمائة يوم فأقل من وقت الوصية . (٢) إذا لم يقر الموصي بوجود الحمل وولد حيا لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من وقت الوصية ، مالم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة بآئنة فتصح الوصية إذا ولد حيا لخمس وستين وثلاثمائة يوم فأقل من وقت الموت أو الفرقة البائنة . - وإذا كانت الوصية لحمل من معين ، اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبه من ذلك المعين . - وتوقف غلة الموصي به الى أن ينفصل الحمل حيا فتكون له » .



المورث الأصلي أو الموصى ، ويرد كذلك الشيء الموهوب الى الواهب .

واعطاء القانون الجنين شخصية على هذا النحو وتأكيدها بتمام ولادته حيا على أساس اعتبار بدايتها منذ الحمل ، يشكك في صحة مايقدره المشرع من أن شخصية الانسان لا تبدأ الا منذ تمام ولادته حيا ؛ اذ مادامت الشخصية هي مجرد صلاحية لوجوب الحق أو الالتزام أيا كان مدى هذه الصلاحية ، وكان القانون يثبت للجنين مثل هذه الصلاحية منذ الحمل ، فان تحقق تمام ولادته حيا لا يحدد اذن بداية شخصيته فهي مبتدأة منذ الحمل ، وانما يؤكد استقرار هذه الشخصية المبتدأة من قبل استقرارا باتا ونهائيا . ولكن لتحقيق تمام هذه الولادة أثرا هاما آخر ، هو اعتباره بداية لاتساع أهلية وجوب الانسان بعد ما كانت عليه من قصور وتقصان وقت الحمل . فكان تمام الولادة حيا شرط اذن لاستقرار ما كان ثابتا للانسان منذ الحمل من شخصية غير باتة ، وشرط كذلك لبداية اتساع مدى أهلية وجوبه والخروج بها من دور القصور والضمور . ولذلك قد يكون من الأصح القول بأن شخصية الانسان تبدأ منذ الحمل ولكنها لاتصير باتة الا بتمام ولادته حيا ، وأن أهلية وجوبه تكون ناقصة وقت الحمل ولا يبدأ اتساعها الا منذ تمام هذه الولادة . وهذا يؤكد ماسبق أن قلناه من وجوب التفرقة بين الشخصية وأهلية الوجوب «<sup>١</sup>» ؛ فبينما تكون الشخصية ثابتة منذ الحمل ، لاتبتدىء أهلية الوجوب المتفرعة عليها في الاتساع الا منذ تمام الولادة .

---

(١) انظر سابقا ، فقرة ٢٧١ .



## المطلب الثاني

### نهاية الشخصية

إذا كانت شخصية الانسان تلازم وجوده وحياته ، فمعنى ذلك أنها لا تنتهى الا بالموت . غير أن ثمة أحوالا قد يحوط الشك فيها وجود الانسان بحيث لا تعلم حياته من مماته كما هو الشأن فى المفقود ؛ فان غلب احتمال وفاته على حياته ، جاز - رغم تخلف اليقين والدليل على الموت الحقيقى - الحكم باعتباره ميتا وانهاء شخصيته بالتالى .

فكأن شخصية الانسان اذن لا تنتهى فى الأصل الا بالموت الحقيقى ، ولكنها - استثناء - يمكن أن تنتهى كذلك بالموت الحكى أو الاعتبارى .

### ٢٧٧ - نهاية الشخصية بالموت الحقيقى

إذا كانت الشخصية تلازم الانسان فى حياته ، فمعنى ذلك أن انقضاءها رهن بوفاته ؛ ولذلك تقضى المادة ٢٩/١ من التقنين المدنى بأن شخصية الانسان تنتهى بالموت . وواقعة الموت - كواقعة الميلاد - تثبت بالقيـد فى السجلات الرسمية المعدة لذلك بمكاتب الصحة . اذ يجب التبليغ عن الوفاة فى خلال أربع وعشرين ساعة من حصولها ؛ ولا يتم القيد فى دفتر الوفيات الا بعد تقديم شهادة بالوفاة وسببها صادرة من طبيب مصرح له بمزاولة مهنة الطب فى مصر ، أو بعد اجراء الكشف على الجثة من طبيب الصحة أو مندوبها ( م ١٧ و ١٩ من القانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالمواليد والوفيات ) . وللمبلغ عن الوفاة أن يحصل مجاناً على صورة من القيد خلوا من ذكر سبب الوفاة ، اذا طلب ذلك فى نفس يوم التبليغ ؛ ويجوز لكل ذى شأن أن يحصل فى أى وقت على صورة طبق الأصل من القيد فى دفاتر الوفيات ، كما يجوز لأى شخص أن يحصل على مستخرج من دفاتر الوفيات يقتصر فيه على بيان اسم المتوفى ولقبه



وتاريخ الوفاة ، ويكون اعطاء الصورة أو المستخرج مقابل رسم يحدده وزير الصحة ( م ٩ و ١٠ من قانون المواليذ والوفيات ) •

وليس لدفاتر الوفيات ولا للصور والمستخرجات منها حجية مطلقة في الاثبات • فاذا لم يوجد دليل على الوفاة من واقع هذه الدفاتر أو تبين عدم صحة ما أدرج فيها ، جاز الاثبات بأية طريقة أخرى كما هو الشأن في اثبات واقعة الميلاد ( م ٣٠/٢ مدنى ) •

واذا كانت الشخصية تنتهى بالموت على هذا النحو ، فان فقهاء الحنفية «<sup>١</sup>» كانوا يذهبون الى ابقائها ممتدة امتدادا اعتباريا بعد الموت الى حين الفراغ من تصفية التركة وسداد ديون المتوفى ، فتظل التركة — حتى سداد الديون أو اقتسام الدائنين لأموالها — قسمة غرماء — على حكم ملك المتوفى اعتبارا • وما يزال هذا الرأى يجد له الى اليوم أنصارا عند بعض الفقهاء «<sup>٢</sup>» ، الذين يسندونه — فضلا عن سند الحنفية له بقوله تعالى في أكثر آيات المواريث عقب تحديد فرائض الورثة « من بعد وصية يوصى بها أو دين » — بسند من القانون الوضعى هو نص المادة ٨٩٩ من التقنين المدنى الذى يقضى بأنه « بعد تنفيذ التزامات التركة يؤول مابقى من أموالها الى الورثة ، كل بحسب نصيبه الشرعى » ، مما يعنى أنه لا تملك للوارث الا بعد سداد الديون ، وهو ما يوجب — والتركة بحقوقها وديونها لا تكون قبل هذا السداد على ملك الوارث بعد — ضرورة اعتبارها على ملك المتوفى نفسه ، وهو ما لا يتأتى الا بافتراض بقاء شخصيته رغم موته وامتدادها حتى تصفية تركته •

(١) راجع فى ذلك :

أحمد إبراهيم ، التركة والحقوق المتعلقة بها والمواريث ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، ص ٣٧٠ . — محمد كامل مرسى ، الميراث وتصفية التركة ، ١٩٥١ ، فقرات ٩٤ و ٩٥ . — عمر عبد الله ، أحكام المواريث فى الشريعة الاسلامية ، ص ٣٠ — ٣٢ .

(٢) عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، فقرة ٤٥ . — عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، الجزء الاول ، فقرة ١٤٥ .



ولكننا نرفض هذا الرأي . ففيه مخالفة ظاهرة لصريح نص المشرع على أن شخصية الانسان تنتهى بموته فلا بقاء لها من بعده ( م ٢٩ / ١ مدنى ) ، وعلى أن « يستحق الارث بموت المورث » ( المادة الأولى من قانون الموارث ) . وهى — فضلا عن ذلك — مخالفة تقوم على افتراض غير مقبول ، هو افتراض حياة الشخص رغم وفاته . وليس من حاجة أو ضرورة تدعو الى مثل هذا الافتراض الصارخ فى مخالفة الطبيعة والقانون ، لأن الغرض من مثل هذا الافتراض — وهو حفظ حقوق دائنى المتوفى وتحديد مسئولية الوارث عما تركه المتوفى من ديون — يمكن تحقيقه عن طريق آخر واقعى يغنى عن هذا الطريق الافتراضى . وقد سبقت الإشارة الى هذا الطريق ، عندما قلنا انه بوفاة الشخص تنقضى شخصيته فتؤول ذمته . بحقوقها وديونها — الى الوارث فور الوفاة دون أن تختلط بذمته الأصلية « ١ » ، بحيث تخصص هذه الذمة الموروثة — رغم اسنادها الى الوارث — بغرض معين هو تصفيتها بسداد ديونها من حقوقها . وهذا التخصيص يحقق حماية الوارث وحماية دائنى المورث على السواء . فهو يحمى الوارث من ناحية جعل حقوق الذمة الموروثة وحدها هى الضامنة لديونها ، مما يحد من مسئوليته عن هذه الديون بقدر تلك الحقوق . وهو يحمى دائنى المتوفى كذلك ، بما يفرض على الوارث — رغم تملكه أعيان التركة وقت الوفاة — من واجب عدم الاضرار بهؤلاء الدائنين عن طريق التصرف فى هذه الأعيان قبل سداد الديون ، والا اعتبر تصرفه غير نافذ فى حقهم لما يحمل من معنى الاخلال بهذا التخصيص .

وليس فى استناد هذا الرأي أخيرا الى الآية الكريمة والنص التشريعى ما يعززه ، اذ هو يحملها مالا يقصدان ؛ فليس القصد مما يقرانه من أن « لا تركة الا بعد سداد الديون » أنه لاملكية للوارث الا بعد هذا السداد وبالتالي تبقى شخصية المتوفى قائمة بعد وفاته وذمته مسندة اليه حتى هذا



السداد ، وإنما القصد منها أن لا ملكية خالصة للوارث الا بعد سداد الديون ، مما يعنى أنه وان كان يملك أعيان التركة فور الوفاة — لاستحالة اعتبارها على ملك المتوفى لا تقضاء شخصيته بموته — الا أن هذه الأعيان تظل مشغولة بما لدائى المتوفى من ديون ، فلا تخلص للوارث ملكيتها خلوصا نهائيا كاملا الا بعد تخليصها مما كان يثقلها من ديون ، وهذا مصداق ما قلناه من انقضاء شخصية المورث بالوفاة وأيلولة ذمته الى الوارث بكيانها المستقل مع تخصيصها بالتصفية وسداد الديون .

ورفض امتداد شخصية المتوفى بعد وفاته ، هو كذلك الرأى الذى يذهب اليه كثير من فقهاء الشريعة الاسلامية (١) ويستقر عليه جمهور فقهاء القانون المصرى اليوم (٢) .

(١) انظر فى الاشارة الى رأى هؤلاء الفقهاء وهم جمهور الشافعية والحنابلة: أحمد ابراهيم ، المقالة السابقة ، ص ٣٧١ وما بعدها . — محمد كامل مرسى ، المرجع السابق ، فقرة ٩٦ . — عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٣٢ و ٣٣ . ويستند هؤلاء الفقهاء الى حديث « من ترك مالا أو حقا ، فلورثته » ، والى أن تعلق الدين بالمال لايزيل الملك كما هو الشأن فى حق المدين الراهن والمدين المفلس .

(٢) شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فقرة ٥٢ . — محمد سامى مذكور ، المرجع السابق ، ص ٤٩ . — اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٥٧ . — محمد على عرفة ، أسباب كسب الملكية ، ١٩٥٥ ، فقرة ٣٩١ . — عبد المنعم البدر اوى ، المرجع السابق ، فقرة ٤١ .

ويذهب بعض الفقهاء — مع رفضهم القول بامتداد شخصية المتوفى بعد وفاته — الى اعتبار التركة شخصا معنويا يملك أموال المتوفى ويلتزم بديونه حتى تسدد ( عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ٣٩ ) . واذا كان هذا الرأى معقولا من الناحية النظرية ، فلا نظنه مقبولا من الناحية الوضعية ؛ اذ المشرع — وهو الذى يستقل بمنح الشخصية المعنوية أو الاعتبارية — قد عدد طوائف الاشخاص المعنوية أو الاعتبارية ( م ٥٢ مدنى ) ، وليس من بينها ما يمكن ادراج التركة تحتها . فضلا عن أن اعتبار الارث مستحقا بموت المورث ( المادة الاولى من قانون الموارث ) ، يفرض اسناد حقوق المورث الى الوارث فور الوفاة مع الزامه بسداد ديون المورث فى حدود هذه الحقوق ، بحيث تنتقل اليه ذمة المتوفى مخصصة بهذا الغرض وتسند اليه باعتباره خلفه العام والطبيعى ، دون حاجة الى تنحيته وخلق شخص معنوى أو اعتبارى يشغل محله الطبيعى على رأس ذمة سلفه ومورثه .



وعلى ذلك ، نخلص مما تقدم الى أن شخصية الانسان تنتهى حتما بموته ، فلا تمتد — ولو امتدادا اعتباريا — بعد هذا الموت .

#### ٢٧٨ — نهاية الشخصية بالموت الحكى او التقديرى

إذا كان الأصل أن الشخصية تنتهى بالموت الحقيقى اليقينى ، الا أن ضرورات العمل فى بعض الأحوال التى يفقد فيها الشخص دون أن يكون فى الامكان اقامة الدليل على موته — رغم رجحان احتمال وفاته على احتمال حياته — تفرض الحكم باعتباره ميتا وانهاء شخصيته بالتالى .

##### ١ — الحكم باعتبار المفقود ميتا وانهاء شخصيته انتهاء تقديريا :

يقصد بالمفقود ذلك الغائب الذى انقطعت أخباره فلا يدري مكانه ولا تعلم حياته من مماته . فمثل هذا الشخص قد يغلب احتمال موته احتمال حياته ومع ذلك لا يمكن اقامة دليل يقينى على وفاته ، فلا يكون من الصالح ترك أمره معلقا وشخصيته ممتدة الى مالا نهاية ؛ بل يجب حسم مركزه الغامض بالترخيص للقاضى فى الحكم باعتباره ميتا ، بحيث تنقضى شخصيته بالموت التقديرى لا بالموت الحقيقى خلافا للأصل فى انتهاء الشخصية .

وقد أخذ المشرع المصرى بذلك ، فأحال فى المادة ٣٢ من التقنين المدنى فى شأن المفقود — على الأحكام المقررة فى قوانين خاصة ، فان لم توجد فأحكام الشريعة الاسلامية . والواقع أن المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ — وهو مأخوذ عن فقه الشريعة الاسلامية «١» دون تقييد بمذهب بعينه من مذاهبه «٢» — سبق أن نظم أحكام المفقود ، بنصه فى المادة ٢١ منه على أن « يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد

---

(١) راجع فى أحكام المفقود فى الشريعة الاسلامية :

عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية ، الطبعة الثانية ، ١٩٣٨ ، ص ٢٥٩ — ٢٦٢ . — عمر عبد الله ، أحكام الشريعة الاسلامية فى الأحوال الشخصية ، ص ٤٥٨ — ٤٦٢ ؛ أحكام المواريث فى الشريعة الاسلامية ، ص ٢٢٤ — ٢٣٠ .

(٢) كان العمل جاريا فى المحاكم الشرعية قبل نفاذ هذا القانون على اتباع مذهب أبى حنيفة من الحكم بموت المفقود اذا مات أقرانه أو بلغ من العمر تسعين سنة .



أربع سنين من تاريخ فقده . — وأما في جميع الأحوال الأخرى، فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها الى القاضي ، وذلك كله بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة الى معرفة ان كان المفقود حيا أو ميتا .

وهذا النص يكشف عن امكان انهاء شخصية المفقود — رغم عدم التيقن من موته — بحكم قضائي يصدر باعتباره ميتا موتا تقديرية في حالتين :

(١) حالة غلبة الهلاك : اذا كانت غيبة المفقود واختفاؤه في ظروف يغلب عليه فيها الهلاك ، كما اذا حصل الفقد في حرب ، أو كارثة كزلزال أو بركان أو فيضان أو حريق ، فان المشرع يأخذ هذا الاحتمال الغالب بالهلاك — اذا ترجح بمضى أربع سنوات على الفقد — أمانة وقرينة على وفاة المفقود . فيكون للقاضي أخذا بهذه القرينة القانونية — بناء على طلب ذوى الشأن وبعد التحري بجميع الطرق الممكنة — الحكم باعتبار المفقود في حكم الميت بعد مضي أربع سنوات من فقده .

(٢) حالة عدم غلبة الهلاك : اذا كانت غيبة المفقود واختفاؤه في ظروف لا يغلب فيها هلاكه ، كمن سافر لتجارة أو طلب علم أو سياحة ثم انقطعت أخباره ولم تعلم حياته من مماته ، فان الأمر متروك الى القاضي يستخلص من قرائن الأحوال المدة التي يترجح باقضاءها احتمال موت المفقود على احتمال حياته ، وذلك بعد التحري بجميع الطرق الممكنة الموصلة الى تعرف مصيره .

---

= ولكن المشرع لم يلتزم في هذا القانون حكم هذا المذهب على اطلاقه ، بل ميز بين الفقد في ظروف يغلب فيها الهلاك وأخذ في شأنه بمذهب ابن حنبل من التريص — للحكم بموت المفقود — أربع سنوات من حين الفقد ، وبين الفقد في ظروف لا يغلب فيها الهلاك وأخذ في شأنه بمذهب أبي حنيفة ويقول صحيح في مذهب ابن حنبل من تفويض القاضي في تقدير المدة التي يغلب ان لا يعيش بعدها مثل المفقود ( انظر المذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ) .



فإذا حكم باعتبار المفقود ميتا في هذه الحالة أو تلك، يأخذ المفقود حكم الميت موتا حقيقيا : فتوزع تركته على ورثته الموجودين وقت الحكم «<sup>١</sup>» ، وتعتد زوجته عدة وفاة أربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ الحكم بموته بحيث يحل لها باتقضاءها الزواج من غيره . وعلى ذلك تنص المادة ٢٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بقولها « بعد الحكم بموت المفقود بالصفة الميينة في المادة السابقة ، تعتد زوجته عدة الوفاة ، وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم » .

فالمفقود اذن يأخذ اعتبارا حكم الميت موتا حقيقيا، فتنتهى شخصيته بمجرد الحكم باعتباره ميتا . غير أنه يراعى أن شخصيته في الفترة بين الفقد وبين صدور الحكم تكون شخصية احتمالية لعدم الثبوت من حياته أو وفاته ، ولذلك يعامل طوال هذه الفترة بما هو أصح له : فتظل زوجته على حكم الزواج منه لا تملك الزواج من غيره «<sup>٢</sup>» ، ويوقف له نصيبه في الميراث أو ما أوصى له به حتى يستبين مصيره . فان حكم باعتباره ميتا على ما قدمنا ، يعتبر ما يكون قد وقف له من ميراث أو وصية كأن لم يكن فيعود الى ورثة المورث أو الموصى على أساس اعتبار المفقود في شأنه ميتا من وقت فقده لا من وقت الحكم باعتباره ميتا . وعلى ذلك تنص المادة ٤٥ من قانون

---

(١) أما من مات منهم قبل الحكم — ولو اثناء نظر الدعوى — فلا يرث منه، لأن الحكم باعتبار المفقود ميتا حكم منشيء لموته الاعتباري، والعبرة في استحقاق الارث تكون بوجود الوارث حيا وقت موت المورث الحقيقي أو الاعتباري . ( انظر في هذا المعنى كذلك : عمر عبد الله ، أحكام الموارث ، ص ٢٢٥ ) .

(٢) ولكن يجوز تطليقها عليه بحكم القاضي اذ طلبت ذلك لتضررها من غيبته سنة فأكثر ، اذ تقضى المادة ١٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بأنه « اذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول ، حاز لزوجته ان تطلب الى القاضي تطليقها بائنا اذا تضررت من بعده عنها، ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه » ، لأن «مقام الزوجة على هذا الحال زمنا طويلا مع محافظتها على العفة والشرف امر لا تحتمله الطبيعة في الأعم الأغلب » ( المذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون سالف الذكر ) . ويطلقها عليه القاضي دون اعذار أو ضرب اجل ( م ٢/١٣ ) ، اذ المفروض انه مفقود لا يعرف مكانه أو حياته حتى يمكن ائذاره .



الموارث بقولها « يوقف للمفقود من تركه مورثه نصيبه منها ، فاذا ظهر حيا أخذها ، وان حكم بموته رد نصيبه الى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه ... » .

ومن ذلك يتبين أن موت المفقود موتا اعتباريا يستند الى تاريخ الحكم بالنسبة الى ماله ، فتوزع تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم ولا شيء لمن مات قبل صدوره «<sup>١</sup>» ، ويستند الى تاريخ الفقد لا الى تاريخ الحكم بالنسبة الى مال غيره ، فيرد الموقوف له من ارث أو وصية الى ورثة المورث أو الموصى الموجودين وقت موت هذا المورث أو الموصى . ومعنى ذلك أن المفقود يعتبر ميتا موتا اعتباريا من تاريخ الحكم في شأن الحقوق التي تضره ، ومن تاريخ الفقد في شأن الحقوق التي تضر غيره «<sup>٢</sup>» .

(١) ومع ذلك كان من رأى البعض تخويل القاضى سلطة اسناد وفاة المفقود الى تاريخ سابق على صدور حكمه باعتباره ميتا مواجهة لمختلف الظروف والحالات ، مما يحدد ورثته حينئذ بالموجودين منهم أحياء وقت هذا التاريخ ولو كانوا أمواتا وقت صدور الحكم .

ولكن من الواضح أن هذا الرأى يخرج بالحكم باعتبار المفقود ميتا عن صفته المنشئة المسلمة الى صفة كاشفة دخيلة عليه . ولذلك انتهى الأمر الى استقرار الرأى على اعتبار المفقود ميتا - في شأن ما يوزع من أمواله وتركته - من تاريخ الحكم لا من أى تاريخ سابق عليه ، تأكيداً لصفة الحكم المنشئة وعملاً بالأضبط والأحوط ( راجع في تفصيل المناقشات التى دارت فى لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب فى هذا الشأن : عمر عبد الله ، أحكام الموارث ، هامش ( ٢ ) ، ص ٤٤ و ٤٥ ) .

(٢) وتراوح اسناد الموت الاعتبارى الى تاريخ الحكم أو تاريخ الفقد على هذا النحو الذى اختاره القانون ، هو مذهب الحنفية والمالكية . وهم يقيمون رأيهم على أساس أن اعتبار حياة المفقود حال فقدته إنما يكون باستصحاب الحال التى كان عليها وقت الفقد ؛ وإذا كان هذا الاستصحاب يصلح سنداً لبقاء أموال المفقود على ملكه ودفع الغير عن تملكها عنه بالارث ، فهو لا يصلح سنداً لاستحقاق المفقود مال غيره بالارث . فحياة المفقود حياة احتمالية ، تكفى لمنع الغير من ارثه حيث لا يستحق الارث أو يبدأ الا بموت المورث اليقيني أو بموته التقديرى من وقت الحكم باعتباره ميتا ، ولا تكفى لتوريث المفقود من غيره حيث الشرط لاستحقاق الارث تحقق حياة الوارث وقت موت المورث ( انظر : عمر عبد الله ، أحكام الموارث ، هامش ص ٢٢٧ ) .



٢ - ظهور حياة المفقود : لما كان الحكم بموت المفقود هو حكم بموت اعتبارى لا حقيقى ، فان هذا الحكم يسقط هو وآثاره اذا عاد المفقود أو ظهرت حياته ، على أن لا يضر هذا السقوط بحقوق الغير . فيكون للمفقود العائد أخذ مابقى من أموال فى أيدي ورثته، وما بقى فى أيدي ورثة مورثه أو الموصى مما كان موقوفا له من ارث أو وصية وارتد اليهم بعد الحكم بموته . أما ما استهلكوه أو تصرفوا فيه ، فلا يسئلون عنه ، لأنهم انما ملكوه وأذنوا

= وعندنا أن رأى الحنفية والمالكية وحكم القانون المقر له محل نظر . اذ من الواضح أن الأصل فى الانسان الحى استمرار حياته حتى يقوم الدليل على العكس ، سواء كان دليلا يقينيا بالموت الحقيقى، أو دليلا حكما بالموت الاعتبارى امام ما يترجح لدى القاضى من القرائن والظروف المقلبة لاحتمال الموت على احتمال الحياة . ولذلك يكون الحكم الصادر باعتبار المفقود ميتا - اخذا بامارة الغالب - حكما منشئا لا كاشفا لموته الاعتبارى ، مما يوجب عده من الاحياء قبل صدور هذا الحكم وعدم احتسابه من الاموات الا من تاريخ صدوره ، دون تفرقة فى ذلك بين ما يضره وبين ما يضر غيره من الحقوق . والقول بغير ذلك واحتساب المفقود ميتا من تاريخ فقدته فى شأن ما يضر غيره من الحقوق ، معناه قلب الأصل واعتبار المفقود ميتا حتى يثبت العكس ، واعطاء الحكم باعتبار المفقود ميتا بالتالى صفة كاشفة ليست له .

لذلك نفضل رأى الشافعية والحنابلة من اعتبار المفقود ميتا من وقت الحكم بوفاته فى كل الاحوال ، سواء بالنسبة لما يضره كارث الغير منه او لما يضر غيره كارثه من الغير ، لان المفقود - كما يقولون - «يعتبر حيا مدة فقدته مالم يتبين موته اثنائه وما دام القاضى لم يحكم بموته . ويلزم على الراى الذى ذهب اليه الحنفية والمالكية القول بأن الشخص الواحد يكون حيا وميتا فى آن واحد ، ولا يخفى ما فى ذلك من تهافت» ( عمر عبد الله ، الموضع السابق ) .

ولا يعترض على ذلك بأن من الواجب اذن تسليم وكيل المفقود ما يستحق المفقود - وقت فقدته - من ارث أو وصية فى تركته غيره فور وفاة المورث أو الموصى دون حاجة الى تعليق الاستحقاق أو وقفه . ذلك ان هذا الوقف يظل واجبا ، لاحتمال أن يثبت من بعد بدليل يقينى موت المفقود قبل وفاة المورث أو الموصى مما ينفى استحقاقه أصلا للارث أو الوصية منه . اما اذا لم يقم الدليل اليقينى على موته واكتفى بالقرائن للحكم بموته موتا اعتباريا ، فلا يجب اعتباره ميتا الا من تاريخ الحكم ، ويجب بالتالى ادخال الموقوف له من الارث أو الوصية فى تركته .



بأخذه والتصرف فيه بناء على حكم القضاء ، فلا ضمان عليهم ولا على من تصرفوا اليهم «<sup>١</sup>» .

وأما زوجته فهي له ، مالم يتزوج زواجا صحيحا ويدخل بها شخص آخر غير عالم بحياته ، وعلى ذلك تنص المادة ٨ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بقولها « اذا جاء المفقود أو لم يجرى وتبين أنه حي ، فزوجته له مالم يتمتع الثانى بها غير عالم بحياة الأول . فان تمتع بها الثانى غير عالم بحياته ، كالت الثانى مالم يكن عقده فى عدة وفاة الأول » «<sup>٢</sup>» .

فلا يمنع من رجوع زوجة المفقود اليه اذن عقد زواجهما بشخص آخر طالما الدخول بها لم يتم اذ صلة الزوجية لم تصر واقعية بعد ، ولا دخول هذا الزوج بها طالما كان عالما بحياة زوجها المفقود اذ لا ينفعه سوء قصده فيكون مردودا عليه ، ولادخول هذا الزوج بها جاهلا بحياة المفقود طالما تم عقد الزواج فى عدة وفاة هذا المفقود اذ يقع الزواج باطلا .

(١) فى هذا المعنى :

عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ، ص ٢٦٢ . - محمد كامل مرسى ، الميراث وتصفية التركة ، فقرة ٥٠ ، ص ٨٣ . - عمر عبد الله ، أحكام المواريث ، ص ٢٢٥ ؛ الأحوال الشخصية ، ص ٤٦٢ .

وهذا الحكم الذى اخذ به المشرع ، هو قول أبى حنيفة وأصحابه . ولكن يبدو أن للحنابلة - فى بعض الروايات - رأيا يخالف ذلك ، مقتضاه أن المفقود - ان قدم بعد قسمة ماله بين ورثته - « اخذ ما وجدته من المال بعينه بيد الوارث أو غيره لأنه قد تبين عدم انتقال مكله عنه ، ورجع على من اخذ الباقي بعد الموجود بمثل المثل وقيمة القيمي لتعذر ردعينه » ( محمد كامل مرسى عن احمد ابراهيم ، المرجع السابق ، هامش (١) ص ٨٤ ) .

وعلى أى حال ، فقد يبدو امكان تخويل المفقود - اذا عاد - حق استرداد المستبدل بماله فى ذمة وارثه اعمالا لفكرة الحلول العينية ، طالما كان دخول المال البديل فى ذمة الوارث مقابل أو نتيجة خروج المال الأصيل الموروث عن المفقود من ذمته ( انظر فى هذا المعنى : اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٥٩ ، - وقارن : منصور مصطفى منصور ، نظرية الحلول العينية وتطبيقاتها فى القانون المدنى المصرى ، ١٩٥٦ ، هامش (١) ص ٦٦ و ٦٧ ) .

(٢) انظر مع ذلك فى انتقاد هذا النص :

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٦٠ .



## المبحث الثاني

### مميزات الشخصية

لشخصية الانسان علامات معينة تصاحب الانسان وتتيح تمييزه عن غيره . وهذه العلامات أو المميزات يردّها الفقه الى ثلاث : الحالة التي تحدد مركزه الأساسي بالنسبة الى الدولة والأسرة وأحياناً الى الدين ، والاسم الذي يتيح التعرف على ذاته ، والموطن الذي يتيح العثور على مكانه . فنعرض لكل من هذه المميزات في مطلب على التوالي .

## المطلب الاول

### الحالة

L'état

#### ٢٧٩ - تحديد الحالة (١)

من أكثر الاصطلاحات القانونية إبهاماً وعموماً اصطلاح « الحالة » ، فالتعريفات الجارية له واسعة مرنة تسمح بصرفه الى مدلولات مختلفة مما يشيع الخلط بين الحالة وبين غيرها من الأفكار المشابهة أو المقاربة .

وإذا رجعنا الى الأصل التاريخي لفكرة « الحالة » ، وجدناها تعني في القانون الروماني مركز الشخص القانوني بالنظر الى نواحي ثلاث :

---

(١) انظر في ذلك بصفة خاصة :

Capitant, op. cit., No. 111. — Josserand, op. cit., t. I, No. 243. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 138. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 13. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 462. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 335. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 398.



مركزه من الحرية ( status libertatis ) باتمائه الى الأحرار أو الأرقاء ،  
ومركزه من الوطن أو الدولة ( status civitatis ) باعتباره وطنيا ينتمى  
اليها أو أجنبيا لاتربطه بها رابطة ولاء ، ومركزه من العائلة أو الأسرة  
( status familiae ) باعتباره ربا لها أو من الخاضعين لسلطانه من الزوجة  
أو الأبناء « ١ » . ثم ضاق نطاق « الحالة » في العصر الحديث بعد الغاء الرق  
واعتبار كل أفراد الناس في مركز سواء من حيث الحرية ، وانحصر أساسا  
في المركز الوطنى والمركز العائلى ، وأحيانا — كما في بعض الشرائع مثل  
القانون المصرى — في المركز الدينى . وهذا ما حدا بكثير من الفقهاء الى  
تحديد « الحالة » تحديدا واقعيا بأنها مركز الشخص من حيث اتسابه  
الى دولة وأسرة معينة وأحيانا الى دين معين « ٢ » . ولكن هذا التحديد  
الواقعى للحالة يحتاج الى بعض التجريد لتبرير اقتصار القانون على  
الاهتمام بمركز الشخص من هذه الوجوه . وهذا ما حاوله بعض الفقهاء « ٣ »  
بتعريفهم « الحالة » بأنها مركز الشخص أو نظامه القانونى ، ولكن من  
الواضح أن هذا التعريف — لفرط عمومته — لا يتضمن أى تحديد، فهو يشمل  
كل ما يتعلق بالشخص من حيث خضوعه للقانون من حالة بالمعنى الدقيق  
واسم وموطن وأهلية وما الى ذلك . وخير من هذا التعريف تعريف فقهاء  
آخرين « ٤ » للحالة بأنها مركز الشخص فى جماعة أو مجموعة ذات تكوين  
قانونى . وإذا كان هذا التعريف أفضل التعريفات المتداولة للحالة ، إلا أنه  
يفتقد مع ذلك بعض الضبط والتحديد .

(١) Mazeaud, Josserand, ibid.

(٢) Aubry et Rau, op. cit., t. I, § 52. — Capitant; Josserand; Colin,  
Capitant et De La Morandière, ibid.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة  
٢٢٦ . — عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، فقرة ٥٩ . — سليمان  
مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٢٧٠ . — اسماعيل غانم ، المرجع السابق ،  
ص ١٦٠ .

(٣) Mazeaud, op. cit., t. I, No. 462

(٤) Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 398



ويبدو أن من الواجب - في ضبط اصطلاح « الحالة » وتحديد مدلوله - الابتداء بالمسلم في الفقه من حصر نطاقه في المركز الوطنى أو السياسى والمركز العائلى أساسا والمركز الدينى أحيانا ، وملاحظة أمرين فى شأنه : الأول ، أن هذه المراكز تنشأ للانسان وتتحدد بالميلاد منذ ابتداء الشخصية ، مما يعنى أنها أساسية وضرورية لها ، وهو ما يجعلها - رغم ما قد يطرأ على عناصرها من تغير - ملازمة للشخصية طوال امتدادها «<sup>١</sup>» . والثانى ، أن اهتمام القانون بالنظر الى الانسان بوصفه عضوا فى مجموعة سياسية نظامية هى الدولة ومجموعة عائلية هى الأسرة وأحيانا فى مجموعة دينية كالمجموعة الاسلامية أو المسيحية ، مرده الى ما لكل من هذه المجموعات من قيمة اجتماعية أساسية كدعامة من دعائم المجتمع بحيث يعتبر تحديد مركز الفرد من حيث الانتماء اليها مسألة أولية يجب الفصل فيها ابتداء لتحديد حقوقه والتزاماته من بعد على ضوء ذلك . ومن هنا نستطيع تحديد الحالة بأنها ما يلزم الشخصية من مركز للفرد كعضو فى الجماعات أو المجموعات ذات القيمة الاجتماعية الأساسية ، وهو ما يجعل منها حجر الأساس لما يثبت للأفراد بناء عليها من حقوق والتزامات تختلف بينهم باختلاف حالاتهم . وعلى هذا النحو ، تتيح الحالة تحديد مدى أهلية وجوب الفرد ضيقاً أو اتساعاً ، مما يعنى وجوب التمييز بين الحالة وأهلية الوجوب «<sup>٢</sup>» واعتبار الثانية مؤسسة على الأولى ومحددة بها . وأما أهلية الأداء فتحددها عناصر - كالعقل والارادة - لاشأن لها بالحالة ولا تأثير لها عليها فى الأصل «<sup>٣</sup>» .

(١) فى هذا المعنى :

Aubry et Rau, op. cit., t. I, § 52, p. p. 303. — Planiol, Ripert et Savatier op. cit., t. I, Nos. 13. 16. — Capitant, op. cit., No. 111, p. 154.

(٢) انظر فى ذلك :

Aubry et Rau, op. cit., t. I, § 52, 304, note (3). - Capitant, op. cit., p. 152, note (2).

(٣) فى هذا المعنى :

Jousserand, op. cit., t. I, No. 244. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 466.



وإذا كانت الحالة تعنى المركز الملازم للفرد باعتباره عضواً في مجموعة ذات قيمة اجتماعية أساسية ، فإن نطاق الحالة قد يتفاوت اذن يتفاوت النظر الى هذه القيمة ونسبيتها في الشرائع المختلفة . ولذلك كانت الحالة في القانون الرومانى تشمل مركز الفرد من الحرية باتتمائه الى مجموعة الأحرار أو الأرقاء ، وهى تشمل حتى في بعض الشرائع الحديثة المركز العنصرى للأفراد باتتمائهم الى مجموعة جنس من الأجناس «١» . ولكن الانتماء الى مجموعة الدولة والأسرة كان دائماً من عناصر الحالة في مختلف الشرائع ، ويعتبر القانون المصرى — بالاضافة الى ذلك — الانتماء الى الدين من هذه العناصر .

#### § ١ — الحالة السياسية او الجنسية

##### ٢٨٠ — أهمية الحالة السياسية

يقصد بالحالة السياسية مركز الشخص من حيث انتسابه الى دولة معينة وارتباطه بها — كعضو من أعضائها — برابطة التبعية والولاء أو ما يسمى الجنسية ( La nationalité )

وللحالة السياسية أو الجنسية أهمية كبرى من حيث تحديد حقوق الشخص وواجباته ونشاطه القانونى . فالأصل أن الأجانب يحرمون من التمتع ببعض الحقوق التى يتمتع بها الوطنيون، ويعفون من بعض الواجبات التى تقع على كاهل الوطنيين . فليس للأجانب مثلاً حق التمتع بالحقوق السياسية ، كحق الترشيح أو الانتخاب فى المجالس النيابية ، وحق تولى الوظائف العامة . وهم يعفون مثلاً من أداء واجب الخدمة العسكرية الذى يلزم به الوطنيون وحدهم . وحتى فيما يتعلق بالحقوق المدنية ، قد يضيق مدى تمتع الأجانب بها ومدى نشاطهم القانونى عما يكون

---

(١) — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, p. 123, note (2). — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 465. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 393,



مسموحا به للوطنيين في شأنها : فكثير من التشريعات تحرم الأجانب من حق تملك العقارات عامة أو الأراضي الزراعية خاصة، أو تحظر عليهم امتهان مهن حرة معينة كالطب والمحاماة. غير أنه ينبغي أن يراعى ألا يكون اختلاف الحالة السياسية أو الجنسية بين الأشخاص سببا للحرمان من الحريات والحقوق الضرورية في الحياة، فيوجد حد أدنى من الحريات والحقوق — هي عادة الحريات العامة أو الحقوق اللصيقة بشخصية الانسان وكل الحقوق اللازمة للحياة الطبيعية العادية — تقضى قواعد القانون الدولي العام بوجوب توفيرها وكفالتها للأجانب .

#### ٢٨١ - الجنسية الأصلية والطارئة (١)

والحالة السياسية أو الجنسية ، اما أصلية أو أصلية تثبت للشخص بسبب ميلاده ومنذ هذا الميلاد ، واما مكتسبه أو طارئة تثبت للشخص من بعد ميلاده ولسبب آخر غير الميلاد .

أما **الجنسية الأصلية** ، فاما أن تفرض على أساس رابطة أو حق الدم ( Jus sanguinis ) واما أن تفرض على أساس رابطة أو حق الاقليم ( Jus soli ) « ٢ » . ومعنى فرض الجنسية على أساس رابطة الدم ، اعطاء الولد جنسية أبيه أو جنسية أمه ؛ ومعنى فرضها على أساس رابطة الاقليم ، اعطاء جنسية الدولة لكل من يولد على اقليمها . وظاهر أن الأساس الأول القائم على وحدة الأصل هو الطبيعي والأقوى بالقياس الى الأساس الثاني القائم على وحدة الاقليم ؛ ولذلك فإن الالتجاء الى الأساس الثاني في فرض الجنسية الأصلية يكون عادة في الدول التي لا يسعها أساس وحدة الأصل في تكثير رعاياها .

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Niboyet, Traité de droit international privé français, 2e éd., t. I, 1947, Nos. 88 - 119.

(٢) يستبدل بعض الفقهاء تسمية هذين الأساسين باصطلاحين آخرين هما « الأصل السياسي للأسرة » للدلالة على الأساس الأول و « الأصل الجغرافي للطفل » للدلالة على الأساس الثاني ( انظر : Niboyet, op. cit., t. I, No. 91 )



والمرجع المصرى يأخذ كقاعدة عامة برابطة أو حق الدم كأساس لفرض الجنسية المصرية، اذ يقرر أنه يعتبر مصرياً كل «من ولد لأب مصرى» (م ٢/أولاً من القانون رقم ٣٩١ لسنة ١٩٥٦ الخاص بالجنسية المصرية) ، وذلك بصرف النظر عن محل ميلاده ، سواء كان فى مصر أو الخارج . ولكنه يأخذ فى حالات خاصة برابطة أو حق الأقليم ، فيقرر مثلاً أنه يعتبر مصرياً « من ولد فى الأرضى المصرية من والدين مجهولين ، ويعتبر اللقيط فى الأرضى المصرية مولوداً فيها ما لم يثبت العكس » (م ٢/رابعاً من قانون الجنسية) . بل ويجمع المشرع فى حالات أخرى بين رابطة الدم ولو من ناحية الأم وبين رابطة الأقليم، حين يعتبر مصرياً من ولد فى الأرضى المصرية من أم مصرية دون ثبوت نسبته الى أبيه قانوناً ، أو ثبوتها مع كون الأب عديم الجنسية أو مجهولها (م ٢/ثانياً وثالثاً من قانون الجنسية) «١» .

وأما الجنسية الطارئة بعد الميلاد ولغير سببه ، فهى التى تكتسب عادة عن طريق الزواج أو التجنس . فكثير من الشرائع يقر اكساب الزوجة الأجنبية جنسية زوجها اما اكساباً مطلقاً أو مشروطاً ؛ ومن قبيل ذلك ما يقرره المشرع المصرى من أن « المرأة الأجنبية التى تتزوج من مصرى ، لا تدخل فى الجنسية المصرية الا اذا أعلنت وزير الداخلية برغبتها فى كسب هذه الجنسية واستمرت الزوجية قائمة مدة سنتين من تاريخ الاعلان . — ويجوز لوزير الداخلية ، بقرار مسبب قبل فوات المدة المشار اليها فى الفقرة الأولى ، حرمان الزوجة من حق الدخول فى الجنسية المصرية » (م ٩ من قانون الجنسية) .

وتبيح كل الشرائع جواز منح الجنسية الى الأجانب بناء على طلبهم اذا توافرت شروط معينة ، فيكتسبون بها اذن بالتجنس . ومن قبيل ذلك ، ما يقرره المشرع المصرى من منح الجنسية المصرية : للأجنبى المولود فى مصر

(١) راجع فى تفصيل هذه الاحكام :  
شمس الدين الوكيل ، محاضرات فى القانون الدولى الخاص ، الجنسية والموطن ومركز الأجانب فى مصر ، ١٩٥٧ ، ص ١٩٢ - ١٩٨ .



إذا طلب التجنس بها خلال سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد وكانت اقامته العادية في مصر عند بلوغه هذه السن ( م ٤ من قانون الجنسية ) ؛ وللأجنبي الرشيد الذى له وسيلة مشروعة للكسب ، متى كان قد جعل اقامته العادية في مصر مدة عشر سنوات متتاليات على الأقل سابقة على تقديم طلب التجنس ( م ٥ ) ، أو حصل - بقصد التجنس - على اذن من وزير الداخلية وأقام بمصر فعلا مدة خمس سنوات متتاليات بعد هذا الاذن ( م ٦ ) ؛ وكل ذلك بشرط أن يكون سليم العقل ، محمود السيرة والسمعة ، ملما باللغة العربية ( م ٤ و ٥ و ٦ ) « ١ » .

ولكن الغالب أن لا يتمتع المتجنس فور تجنسه بكل حقوق الوطنيين ، فيحرم عليه التمتع ببعضها - وخاصة الحقوق السياسية - طوال فترة معينة من تجنسه ، وكذلك الشأن فيمن يكتسب الجنسية بالزواج . ولذلك يقرر المشرع المصرى أنه « لا يكون للأجنبي الذى كسب الجنسية المصرية ... حق التمتع بالحقوق الخاصة بالمصريين أو مباشرة حقوقهم السياسية قبل انقضاء خمس سنوات من تاريخ كسبه لهذه الجنسية . كما لا يجوز انتخابه أو تعيينه عضوا في أية هيئة ليابية قبل مضي عشر سنوات من التاريخ المذكور ... » ( ولكن ) يجوز بقرار من وزير الداخلية أن يعفى من شرط انقضاء هاتين المدتين من يكون قد انضم الى القوات المصرية المحاربة وحارب صفوفها » ( م ١١/١ و ٢ و ٤ من قانون الجنسية ) .

### § ٢ الحالة العائلية او القرابة

يقصد بالحالة العائلية مركز الشخص في أسرة معينة كعضو فيها تربطه بباقي أعضائها رابطة وثيقة من قرابة النسب ووحدة الأصل ؛ وقد تربطه بأعضاء أسر أخرى كذلك رابطة من قرابة المصاهرة .

---

(١) راجع في تفصيل هذه الأحكام :

شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ١٩٨ - ٢٢٠ .



## ٢٨٢ - قرابة النسب

يقصد بقرابة النسب الصلة القائمة بين الأشخاص بناء على دم وأصل مشترك . وقد عبرت عن هذا النوع من القرابة المادة ٣٤ من التقنين المدني الجديد بقولها « ١ - تتكون أسرة الشخص من ذوى قرباه . ٢ - ويعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم أصل مشترك » .

**القرابة المباشرة وقرابة الحواشي :** ينبغي التمييز في قرابة النسب بين القرابة المباشرة وبين قرابة الحواشي . فالقرابة المباشرة هي التي تقوم على تسلسل عمودي بين من تجمعهم وحدة الدم ، أي - كما تقول المادة ١/٣٥ من التقنين المدني - « الصلة ما بين الأصول والفروع » . أما قرابة الحواشي ، فهي الصلة التي تقوم بين من يجمعهم أصل مشترك دون تسلسل عمودي بينهم ، أي دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر ( م ٢/٣٥ مدني ) .

وعلى ذلك فالقرابة بين كل من الابن والأب والجدة قرابة مباشرة ، إذ الأول فرع للثاني ، والثاني فرع للثالث . بينما تعتبر قرابة حواش ، القرابة بين الأخ وأخيه ، وبين الشخص وعمه ، وبين الشخص وابن عمه ، وبين الشخص وخاله ، وبين الشخص وابن خاله ؛ فانه ان كان هناك أصل مشترك يجمعهم ، الا أنه ليس أحدهم فرعاً أو أصلاً للآخر .

**حساب درجات القرابة :** بين التقنين المدني كيفية حساب درجات القرابة ، سواء كانت قرابة مباشرة أو قرابة حواش ، بقوله في المادة ٣٦ « يراعى في حساب درجة القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل . وعند حساب درجة الحواشي ، تعد الدرجات صعوداً من الفرع للأصل المشترك ، ثم نزولاً منه الى الفرع



الآخر ، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة « ١ » .

ومقتضى ذلك وجوب اسقاط الأصل أو الأصل المشترك دائما من حساب درجة القرابة واعتبار كل فرع فيما عدا ذلك درجة . ومن هنا ، ففي القرابة المباشرة يعتبر الابن في الدرجة الأولى من القرابة لأبيه ، لأن الابن فرع وهذه درجة والأب أصل فلا يحسب درجة ؛ وكذلك يعتبر ابن الابن في الدرجة الثانية من القرابة لجدّه ، اذ يحسب ابن الابن درجة والابن درجة باعتبارهما فرعين فتلك درجتان ، ولا يحسب الجد باعتباره أصلا . أما في قرابة الحواشي ، فيعتبر الأخ في الدرجة الثانية لأخيه ، اذ هو درجة باعتباره فرعاً ، والأب لا يحسب درجة لأنه الأصل المشترك بين الأخوين ، والأخ الآخر يحسب درجة لأنه فرع ؛ وكذلك يعتبر ابن العم قريبا من الدرجة الرابعة ؛ فهو فرع فيحسب درجة ، ثم أبوه فرع كذلك فيحسب درجة هو الآخر ، ثم الجد ولا يحسب درجة لأنه الأصل المشترك بين أبناء العم ، ثم تنزل الى الأب من ناحية الفرع الآخر فنحسبه درجة ، ثم ابنه فيحسب درجة كذلك ؛ فتلك اذن أربع درجات .

### ٢٨٣ - قرابة المصاهرة

يقصد بقرابة المصاهرة تلك القرابة التي تقوم، نتيجة الزواج، بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر . وقد نصت على هذا النوع من القرابة وحساب درجتها المادة ٣٧ من التقنين المدني بقولها « أقارب أحد

(١) كانت محكمة النقض تجرى - قبل نفاذ التقنين المدني الجديد ورغم عدم وجود نص عام حينئذ في شأن حساب درجات القرابة - على نفس القواعد التي يقررها التقنين المدني الجديد في هذه المادة ، ذاكرة أن « درجة القرابة ماهي في حقيقة أمرها الا المسافة بين الشخص وأصله أو فرعه . فيجب بالنسبة الى الحواشي ، أن تعد المسافات التي تفصل بين الشخص المطلوب معرفة درجة قرابته والأصل المشترك ، وتضاف اليها المسافات التي بين هذا الأصل والقريب الآخر ؛ ومجموع هذه المسافات يكون درجة القرابة » ( نقض ٢٣ نوفمبر ١٩٤٤ ، مجموعة جمر ، ج ٤ ، رقم ١٦١ ، ص ٤٥٢ ) .



الزوجين يعتبرون في نفس القرابة بالنسبة الى الزوج الآخر . وظاهر من ذلك أن قرابة المصاهرة انما تربط بين الزوج وأقارب زوجه ، فلا تربط بين هؤلاء الأقارب وبين أقارب الزوج . وفي حساب درجة المصاهرة ، تكون العبرة بدرجة قرابة النسب بين أحد الزوجين وأقاربه ، فيعتبر الزوج الآخر في نفس درجة القرابة — ولكن بسبب المصاهرة — لهؤلاء الأقارب . ومن هنا ، فأخو الزوجة قريب من الدرجة الثالثة بالمصاهرة للزوج ، وابن عمها قريبه بالمصاهرة من الدرجة الرابعة ؛ وأبو الزوج قريب بالمصاهرة من الدرجة الأولى للزوجة ، وهكذا . . .

#### ٣٨٤ - أهمية القرابة

تبدو أهمية القرابة ، وخاصة قرابة النسب ، في تحديد حقوق الشخص والتزاماته العائلية — بحسب مركزه في الأسرققبل باقى أعضائها . فبوصفه أباً، تجب عليه النفقة لأولاده ويكون له عليهم حق التأديب والولاية . وبوصفه ابناً ، عليه واجب الخضوع للسلطة الأبوية وله على الأب حق التربية والنفقة . وبصفته زوجاً ، عليه واجب الاتفاق على الزوجة وله عليها حق التأديب والطاعة والطلاق . وبوصف الشخص زوجة ، عليها واجب الطاعة للزوج والقرار في بيت الزوجة ولها حق المهر والنفقة «<sup>١</sup>» . وبوصف الشخص أما أو جدة أو أختاً أو بنت أخت أو خالة أو أبا أو جداً صحيحاً أو أخاً أو ابن أخ أو عما ، يكون له — حسب مراتب الأولوية المقررة — حق حضانة الصغير «<sup>٢</sup>» .

وتبدو كذلك أهمية القرابة ودرجتها — سواء كانت قرابة نسب أو قرابة مصاهرة — واضحة في كثير من الأوضاع القانونية ، حين يعتد

---

(١) راجع في حقوق الزوجين وواجباتهما :  
عمر عبد الله ، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية ، ص ٨١ - ٨٧ ، و ص ١٨٩ و ١٩٠ .  
(٢) انظر في الحضانة وأصحابها ومراتبهم :  
عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٤٢٩ وما بعدها .



القانون بالقرابة فيحد — على أساسها — من مدى حقوق الأفراد ونشاطهم القانوني . ومن أمثلة ذلك ماقرره المادة ٢٢٢/٢ من التقنين المدني في شأن التعويض عن الضرر الأدبي من أنه « . . . لا يجوز الحكم بتعويض الا للأزواج والأقارب الى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب » . وكذلك ماقرره المادة ٩٣٩/ب من عدم جواز الأخذ بالشفعة « اذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثالثة » . وكذلك ماقرره المادة ٣١٣ من تقنين المرافعات من اعتبار القاضى غير صالح لنظر الدعوى ممنوعا من سماعها ولو لم يرده أحد من الخصوم، اذا كان قريبا أو صهرا لأحد الخصوم الى الدرجة الرابعة أو كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب مصلحة في الدعوى القائمة . وكذلك ماقرره المادة ٢٣١ من تقنين المرافعات من جواز رد الخير اذا كان قريبا أو صهرا لأحد الخصوم الى الدرجة الرابعة .

وتبدو أهمية القرابة كذلك في شأن الزواج عند تحديد المحرمات من النساء . فمن النساء المحرمات بسبب قرابة النسب : الأصول والفروع وفروع الأبوين وفروع الجددين اذا انفصلن بدرجة واحدة ؛ وذلك مصداق قوله تعالى « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت » . ومن المحرمات بسبب قرابة المصاهرة : أصول الزوجة ، وفروع الزوجة المدخول بها وزوجة الأصل ، وزوجة الفرع ؛ وذلك مصداق قوله تعالى « وأمهات نسائكم ، وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ، فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ، وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » وقوله « ولاتنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء الا ما قد سلف » (١) .

(١) راجع في المحرمات من النساء بسبب قرابة النسب والمصاهرة :

عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٩٢ — ١٠٥ .



ولعل من أهم ما يترتب على القرابة الحق في الارث والحق في النفقة .  
غير أنه يراعى أن هذين الحقين لا يترتبان في القانون المصرى على أساس  
قرابة المصاهرة ، وإنما يترتبان على أساس قرابة النسب «١» وصلة  
الزوجية «٢» .

### § ٣ - الحالة الدينية

#### ٣٨٥ - اعتداد المشرع المصرى بالحالة الدينية اعتداد استثنائى

قلنا ان الشرائع الحديثة في مجموعها انما تنظر الى حالة الشخص  
السياسية والعائلية أى تنظر الى حالته من حيث انتمائه الى دولة معينة ،  
ومن حيث ارتباطه بأسرة معينة . غير أن بعض القوانين الحديثة - ومنها  
القانون المصرى - مازالت تنظر فضلا عن ذلك - في حالات استثنائية  
- الى حالة الشخص الدينية من حيث انتمائه الى عقيدة دينية معينة ؛  
ولعل مرد ذلك الى ما كان للحالة الدينية في القديم من أهمية كبرى في تحديد  
المركز القانونى للشخص ، اذ كان الانتماء الى الدين حينئذ بمثابة الانتماء  
اليوم الى الدولة برابطة الجنسية ، فكانت الحالة الدينية اذن تقوم مقام  
الحالة السياسية .

فالمبدأ المسلم اليوم فى القانون الحديث اذن هو احلال الحالة السياسية  
محل الحالة الدينية في تحديد المركز القانونى للشخص واكتسابه للحقوق  
وتحمله بالالتزامات ، مما ينفى كل أثر لاختلاف الدين في تحديد مدى  
أهلية الوجوب بين الوطنيين ؛ وهذا ما حرص دستور ١٩٢٣ على تقريره

---

(١) اذا كانت قرابة النسب سببا للارث فى القانون المصرى ، فيراعى أن  
قواعده فى الارث - وهى مأخوذة عن الشريعة الاسلامية - تقسم المستحقين من  
الأقارب للارث تقسيما آخر الى ذوى فروض وعصبات وذوى أرحام .  
انظر فى تفصيل ذلك وفى ترتيب الورثة بحسب هذا التقسيم  
عمر عبد الله ، أحكام الموارث ، ص ٧٢ وما بعدها .

(٢) انظر فى أحكام نفقة الزوجة ونفقة الأصول والفروع والحواشي :  
عمر عبد الله ، الأحوال الشخصية ، ص ٢٥٠ - ٢٧٨ و ص ٤٤٦ - ٤٥٧ .



( م ٣ ) وما حرص دستور ١٩٥٦ على تأكيده بقوله « المصريون لدى القانون سواء ، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة ، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة » ( م ٣١ ) •

غير أن هذا المبدأ العام يرد عليه في القانون المصرى بعض استثناءات توضع الحالة الدينية فيها موضع اعتبار عند تحديد المركز القانونى للشخص ، اذ ما يزال سلطان الدين قويا في نظر المجتمع المصرى بحيث يعطى للمجموعات الدينية المختلفة فيه قيمة اجتماعية أساسية تبرر التمييز بين الأشخاص — على الأقل في نطاق محدود — بحسب انتمائهم كأعضاء الى مثل هذه المجموعات المختلفة •

فما زال المصريون مثلا — على التفصيل السابق بيانه — يخضعون لشرائعهم الدينية المختلفة ، مما يستتبع اختلاف مراكزهم القانونية وتفاوت تمتعهم بالحقوق والواجبات المتعلقة بهذه المسائل بحسب تفاوت الأديان بينهم • ومن ذلك ما تقرره المادة السادسة من قانون الموارث من أنه « لا توارث بين مسلم وغير مسلم » ؛ وما تقرره الشريعة الإسلامية للزوج المسلم من حق الزواج بأكثر من واحدة حتى أربع ، بينما يقتصر حق غير المسلمين على الزواج من واحدة ؛ وما تحرمه الشريعة الإسلامية من زواج المسلمة بغير مسلم ، وما تبيحه للمسلم من زواج غير مسلمة من أهل الكتاب • غير أن هذه كلها حالات استثنائية لاتلغى المبدأ العام في القانون المصرى من تساوى المصريين في الحقوق والواجبات وعدم تأثير الحالة الدينية في المركز القانونى للشخص •



## المطلب الثاني

### الاسم (١)

#### LE NOM

#### ٢٨٦ - تحديد الاسم ، وأهميته ، وطرق اكتسابه

قلنا ان كل انسان يتمتع بشخصية في نظر القانون . غير أن شخصية كل انسان يجب أن تتميز بوسيلة أو علامة معينة تفرق بينه وبين الناس ؛ فمن صالح الجماعة ومن صالح الأشخاص أنفسهم وجود مثل هذه الوسيلة أو العلامة للتمييز بين الأشخاص وتعيين كل منهم بما يمنع اختلاطه واشتباؤه بغيره ، وهذه الوسيلة أو العلامة ان هي الا « الاسم » . فلكل شخص اذن اسم معين يعرف ويتميز به بين الأشخاص في الجماعة . ولما كان في تعيين الأشخاص والتمييز بينهم بالاسم صالح للجماعة وللأشخاص أنفسهم على السواء ، فقد غدا الاسم - كما سنرى - واجبا على الشخص وحقا له في آن واحد : فالدولة تفرض على كل شخص واجب حمل اسم معين يتميز به ؛ والشخص يكون له حق على اسمه ، بحيث تكفل له الدولة احترامه ، وعدم اغتصابه أو انتحاله ، وعدم المنازعة فيه من جانب الغير .

#### (١) راجع في ذلك :

Capitant, op. cit., Nos. 128 - 132. — Jossierand, op. cit., t. I, Nos. 206-222. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, Nos. 582 - 592. — Nerson, thèse précitée, Nos. 9 - 16, pp. 30 - 46. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, Nos. 96 - 136, pp. 115 - 174. — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 531 - 566. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 944 - 966. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 876 - 919.

شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فقرات ٤٢ - ٤٥ . - عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ٢٧ - ٣٥ . - شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٣٢ - ٣٧ . - اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٦٢ - ١٦٥ .



وحيثما نعرض للاسم باعتباره أحد مميزات الشخصية الطبيعية ، فانما نقصد الاسم بالمعنى الواسع الذى يشمل اللقب والاسم الخاص أو الشخصى معا ، ولا نقصد الاسم بالمعنى الضيق الذى يقتصر على الاسم الشخصى وحده ، رغم أن المشرع المصرى يستعمل « الاسم » تارة بالمعنى الضيق حين ينص مثلا على أن « يكون لكل شخص اسم ولقب » ( م ٢٨ مدنى ) ، وتارة بالمعنى الواسع حين يعرض لحمايته فينص على أن لكل من نازعه الغير فى استعمال اسمه بلا مبرر ، ومن اتحل الغير اسمه دون حق ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » ( م ٥١ مدنى ) .

فلكل شخص اذن اسم بالمعنى الواسع أى اسم شخصى ولقب « ١ » . ويقصد عادة باللقب ( Nom patronymique ou nom de famille ) اسم الأسرة التى ينتمى إليها الشخص ، اذ يشترك فى حمله جميع أفراد الأسرة . أما الاسم الشخصى ( Prénom ) « ٢ » ، فهو الذى يضاف الى اللقب للتمييز بين أفراد العائلة الواحدة الذين يحملون نفس اللقب . وبذلك يكون الاسم — بالمعنى الواسع — علامة على الشخص وعلى الأسرة التى ينتمى إليها فى نفس الوقت « ٣ » .

( ١ ) انظر فى تاريخ استعمال الاسماء والالقب :

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 877. — Capitant, op. cit., No. 128.

( ٢ ) يراعى أن بعض التشريعات الحديثة لاتعترف للأفراد بحرية مطلقة فى اختيار الاسم الشخصى ، كالقانون الفرنسى الذى يشترط اختيار الاسم من بين الاسماء المذكورة فى التقويمات الجارية أو من أسماء الشخصيات المعروفة فى التاريخ القديم . ولكن يبدو أن مثل هذا الاشتراط يخلق مشاكل كثيرة فى العمل ، نظرا لأن مختلف التقويمات تتضمن أسماء لم تعد معروفة بل غريبة وشاذة اليوم ولأن من العسير وضع حد فاصل بين التاريخ القديم والتاريخ الحديث ( انظر : Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 126 ) .

ولذلك يتجه مشروع تنقيح التقنين المدنى الفرنسى نحو التخفيف من جمود هذا الاشتراط ، بالاكفاء بكون الاسم متضمنا فى التقويمات المختلفة أو من الاسماء التى اقترتها العادات فى الاستعمال ( م ٢/٢١١ ) .

ويبدو أن من الواجب الاعتراف للأفراد بحرية اختيار اسم الشخصى ، طالما ليس فيه ما يخالف النظام العام والآداب .

( ٣ ) فى هذا المعنى :

Capitant, op. cit., No. 128, p. 171



والأصل أن اللقب يلحق الشخص عن طريق النسب ، فيأخذ الولد لقب أبيه . ولكن جرى العرف منذ قديم في بعض الدول الغريبة وخاصة في فرنسا ، على أن تكتسب الزوجة حق حمل لقب زوجها بالزواج ، دون أن تفقد بذلك لقبها الأصلي الذي اكتسبته بالنسب «<sup>١</sup>» .

وفي مصر لم يكن شائعا وجود ألقاب تلحق الأشخاص ، وانما كان الأمر جاريا على أن يعرف الشخص باسمه الخاص مضافا اليه اسم أبيه أو اسم أبيه وجده . من أجل ذلك — وتحقيقا للضرورة الاجتماعية الملحة في التمييز بين الأشخاص — عني التقنين المدني الجديد بفرض اتخاذ لقب الى جانب الاسم الخاص على كل شخص ، بحيث يلحق هذا اللقب أولاده كذلك بحكم القانون ، فنص في المادة ٣٨ على أن « يكون لكل شخص اسم ولقب ، ولقب الشخص يلحق أولاده » . ولكن لما كان فرض الألقاب نظاما مستحدثا في مصر على هذا النحو ، فقد أشار التقنين المدلى بوضع تشريع خاص ينظمه ويحكمه ، فنص في المادة ٣٩ على أنه « ينظم بتشريع خاص كيفية اكتساب الألقاب وتغييرها » ، ولم يصدر الى الآن مثل هذا التشريع .

واللقب — كما هو ظاهر من نص المادة ٣٨ — لا يلحق الا أولاد الشخص لأنه مكتسب بالنسب ، فلا يلحق زوجته . وقد كان مشروع هذا النص يقضى بخلاف ذلك ، اذ كان يقرر أن لقب الشخص « يلحق زوجته في حياته ، وكذلك بعد مماته الا اذا انقضت عرى الزوجية قبل الوفاة فعندئذ تسترد الزوجة لقب أسرتها » . ولكن اعترض على اعطاء

---

(١) الواقع أن الزواج في القانون الفرنسي لا يكسب الزوجة حقا على نفس لقب الزوج ، وانما يكسبها فحسب مجرد حق شخصي في استعماله . ولذلك لا يسقط عنها — رغم هذا الاستعمال — لقبها الأصلي وهو لقب أسرتها بالنسب ، واستعمالها للقب زوجها لا يجعله خاصا بها بحيث تصبح صاحبه ، ولذلك لا تملك — دون موافقة الزوج — اعطائه للطفل الذي تتبناه بمفردها ( انظر : Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 110. Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 948).



الزوجة لقب زوجها بأنه نظام غربى لم يتعوده المصريون ، ووجد هذا الاعتراض صدى فى مجلس الشيوخ ، فاتهى الأمر الى العدول عن ادخال هذا النظام فى القانون المصرى ، لأن العرف — كما قيل — لم يستقر بعد فى مصر على أن لقب الزوج يلحق الزوجة «١» .

واذا كان النسب هو الطريق الطبيعى لاكتساب الاسم ، فيبدو أنه ليس الطريق الوحيد ؛ اذ القانون كما سنرى يجوز تغيير الاسم بقيود وشروط معينة ، وهو بذلك ينشئ طريقا أو مصدرا جديدا لاكتساب الاسم «٢» .

بقى أن نتعرف على التكييف القانونى للاسم ، اذ على ضوء هذا التكييف يمكن تحديد مدى الحماية التى يسبغها القانون على الاسم وكذلك تحديد خصائصه .

### ٢٨٧ - التكييف القانونى للاسم

اختلف الفقهاء فى تعرف الطبيعة القانونية للاسم ، وتراوحت نظرتهم اليه بين اعتباره واجبا وبين اعتباره حقا . فمن نظر الى الاسم باعتباره واجبا ، رأى فيه نظاما اداريا تفرضه الدولة على الأشخاص بقصد التمييز بينهم ومنع اختلاط بعضهم ببعض ضمنا لاستقرار المعاملات فى المجتمع . ومن نظر الى الاسم باعتباره حقا ، اما كيفه بأنه حق ملكيه ، واما كيفه بأنه حق من حقوق الشخصية .

وواضح أن الاقتصار على النظر الى الاسم باعتباره مجرد واجب أو وسيلة الزامية لتمييز الأشخاص ونظاما للأمن

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٣٣٨ و ٣٣٩ .

(٢) بل واكتساب اللقطاء مجهولى الأبوين ما يطلق عليهم من أسماء ،

لايتأتى عن طريق النسب .



المدنى (institution de police) «١» ، وان كان يبصر بما للدولة من صالح فى فرض حمل اسم على كل شخص ؛ الا أنه يغفل ما لكل شخص كذلك من مصلحة جوهرية فى تمييز ذاته وشخصيته ومنع اختلاط غيره به عن طريق الاسم الذى يتخذه لنفسه ، تلك المصلحة التى تسوغ حماية القانون للاسم من كل اعتداء أو اغتصاب يقع عليه من جانب الغير دون توقف على ترتب ضرر من جراء ذلك ، وهو ما لا يتأتى الا عن طريق الاعتراف بالاسم كحق لصاحبه ، اذ بالاختصار على اعتباره مجرد واجب لا تجدى فى حمايته الا قواعد المسئولية التقصيرية التى تستلزم تحقق الضرر كشرط جوهرى لاعمالها «٢» .

وأما النظر الى الاسم باعتباره حق ملكية وهو مذهب القضاء العادى الفرنسى أساسا «٣» ، فهو — وان كان يفضل النظر السابق بتغليب فكرة الحق فى الاسم على فكرة الواجب وكفالة حماية أكبر له دون استلزام توافر ضرر — الا أنه مع ذلك محل انتقاد كبير .

فيراعى بداءة أن الأصل التاريخى لفكرة ملكية الاسم ، انما يعود الى نظام الاقطاع بما كان يتفرع عليه من شيوع « الاسم الاقطاعى » (le nom féodal) الذى كان يقضى باطلاق اسم الأرض أو الاقطاعية على سيدها وصاحبها ، مما ولد الاعتقاد — والاسم هو اسم الأرض والأرض ملك له — بأن حقه على الاسم — كحقه على الأرض — ليس الا حق ملكية . وما دام نظام الاقطاع قد انقضى ولم يعد مقصودا بالاسماء اليوم

---

(١) انظر فى الإشارة الى انصار هذا الراى :

Nerson, thèse précitée, p. 36, note (3)

(٢) انظر فى نقد اعتبار الاسم واجبا كنظام للأمن المدنى :

Capitant, op. cit., No. 131. — Nerson, thèse précitée, No. 13. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 561.

(٣) راجع فى الإشارة الى أحكام هذا القضاء :

Nerson, thèse précitée, p. 39, notes (7), (8), (9).



أظهار السيادة على الأرض ، فلم يعد ثم مبرر للربط بين الاسم والأرض واعتباره — مثلها — محلاً لحق الملكية «<sup>١</sup>» .

ومن ناحية أخرى ، لا يستقيم وصف الحق على الاسم بأنه حق ملكية ، طالما لا تتوافر فيه خصائصها بل تثبت له عكس هذه الخصائص تماماً . فالشيء محل الملكية — على ما هو مسلم منذ قديم في الفقه — لا يكون إلا مادياً ، بينما الاسم — الذي يقال كذلك أنه محل لحق ملكية — ليس إلا شيئاً معنوياً . وحق الملكية — بطبيعته — من الحقوق المالية الداخلة في الذمة المالية ، مما يستتبع اعتباره محلاً للتقادم المكسب واعتبار الشيء محله داخلاً في دائرة التعامل ؛ بينما حق الاسم — كما هو مسلم — من الحقوق غير المالية الخارجة عن الذمة ، بحيث لا تخضع للتقادم المكسب أو المسقط ويمتنع كذلك التعامل والتصرف في الاسم محله أو التنازل عنه . ولا تشابه كذلك بين حق الاسم وحق الملكية من حيث الاستخلاف عليه بالميراث ، فاللقب يلحق الابن بالميلاد وقبل موت الأب بحيث يثبت لهما معاً نفس الحق عليه في آن واحد . وكذلك فإن الاسم مشترك بين أعضاء الأسرة الواحدة ، بل قد يكون واحداً متشابهاً في أسر عديدة ، مما يمتنع معه القول بوجود ملكية فردية أو حتى ملكية على الشيوع ، إذ الشيوع إنما يفترض حصة شائعة في الشيء لكل مشتاع كالنصف أو الربع ، بينما يكون الاسم بتمامه وبكل فوائده ثابتاً لكل المشتركين في حمله على السواء «<sup>٢</sup>» .

وأمام التجافى بين حق الاسم وحق الملكية على هذا النحو ، اتجه

(١) انظر في ذلك :

Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 114, p. 141.

(٢) راجع ، خاصة ، في انتقاد تكييف الاسم بأنه حق ملكية :

Capitant, op. cit., No. 131, p. 174. — Nerson, thèse précitée, No. 14, pp. 37, 38. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 114. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 562. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 955, p. 1176.



الفقه الحديث في مجموعه «أ» نحو اعتبار حق الاسم حقا من حقوق الشخصية . وهذا التكييف السائد اليوم هو الواجب التأيد اذا نظر الى الاسم من ناحية كونه حقا لصاحبه . فهو يبصر بصرا صحيحا بطبيعة الاسم باعتباره علامة الشخصية المميزة ومظهر كيانه الذاتى المستقل . ذلك أن شعور الانسان الطبيعى بنفسه وبكيانه الخاص وفرديته ،

= واذا كان من الواجب رفض اعتبار حق الاسم حق ملكية على هذا النحو ، فيذهب بعض الفقهاء الى النظر الى الاسم — ويقصدون به اللقب خاصة — باعتباره العلامة الظاهرة المميزة لعنصر حالة الاشخاص الناشئ عن النسب ، على أساس أن النسب هو الطريق العادى والاصلى لاكتسابه ؛ ويرون في ذلك مايفسر كون الاسم غير قابل للتنازل أو التقادم ، وكون حمايته ثابتة لكل أعضاء الأسرة دون تمييز ودون توقف على ترتب ضرر من انتحاله أو اغتصابه ( انظر: (Colin, Capitant et De La Morandière op. cit., t. I, No. 590, pp. 451, 452).

ولكن هذا التكييف لا يحظى بحق بتأييد الفقه ، لأنه يخلط بين الاسم وبين الحالة من ناحية ، ولا يفسر الحالات التى قد يكتسب فيها اللقب عن غير طريق النسب من ناحية ثانية ، ويحصر أخيرا أهمية اللقب في دائرة محدودة هي دائرة النسب رغم أن أهميته تجاوزها بكثير باعتباره مظهر مركز الفرد في الأسرة وفي الجماعة على السواء مما يجعل منه مفتاح الشخصية كلها ( انظر في انتقاد هذا التكييف بصفة خاصة :

Josserand, op. cit., t. I, No. 218. — Nerson, thèse précitée, Nos. 12, 15. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 114, p. 142 ) .

(١) Capitant, op. cit., No. 131. — Josserand, op. cit., t. I, No. 219. — Nerson, thèse précitée, Nos. 11, 16. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 114. — Mazeaud, op. cit. t. I, No. 565. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 955, p. 1177. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 906.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ٢٢٥ . — عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، فقرة ٦٨ . — شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فقرة ٤٢ . — عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ٢٩ و ٣٠ . — شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٣٦ . — محمد سامى مذكور ، المرجع السابق ، ص ٥٧ . — جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، ص ٧٤ . — اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٦٥ . — محمد كامل مرسى ، المرجع السابق ، فقرة ٢٠٢ . — عبد المنعم البدر اوى ، المرجع السابق ، فقرة ٥٤ . — عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ٤٢ .



يوجب تمكينه من تمييز ذاته وتعيين شخصيته وتوقي كل اختلاط بينه وبين غيره من أفراد الناس وتركيز مصالحه وحقوقه ومشاعره ونشاطه حول نفسه ؛ والاسم هو وسيلته الى كل ذلك . فهو عنوان شخصيته وعلامتها ، ومظهر كيانها المتميز الواجب الاحترام ، وحدها العازل الفاصل بينها وبين ما تزخر به الحياة الاجتماعية من عديد الشخصيات المتميزة الأخرى . من أجل ذلك ، كان الاسم لازما للانسان وملازما له ولصيقا بشخصيته ، ومرتبطا به بالتالي برابطة وثيقة تجعله محلا لتسلطه واستثنائه ، مما يخلق له حقا عليه ويجعل من هذا الحق حقا من حقوق الشخصية بالمعنى الدقيق «<sup>١</sup>» .

غير أن تكييف الطبيعة القانونية للاسم على هذا الأساس وحده ، فيه اغفال لوجه آخر لهذه الطبيعة — لا يقل أهمية عن الوجه المتقدم — هو اعتبار الاسم كذلك واجبا من الواجبات تفرضه الدولة على الأشخاص مراعاة للصالح العام وتحقيقا لاستقرار وأمن المعاملات ؛ وهو نفسه الوجه الذي لم يعبه — فيما رأينا «<sup>٢</sup>» — الا اقتصار بعض الفقهاء عليه بوصفه الوجه الوحيد للاسم . ذلك أنه ما دامت الأسماء هي الحدود الفاصلة بين الأشخاص ، فإن الاكتفاء باعتبارها مجرد حقوق ، قد يززع هذه الحدود بكل ما يحمله ذلك من مخاطر تغيير الأسماء واختلاط الأشخاص والتحايل على القانون؛ فتثيتا لهذه الحدود وتأكيدا لاستقرارها، ينبغي اعطاء الأسماء — فضلا عن وصف الحق الثابت لمصلحة الأشخاص أنفسهم — وصف الواجب المفروض على الأشخاص لصالح الدولة والمجموع .

ومن هنا ، نرى في الاسم طبيعة مزدوجة مركبة ؛ فهو حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية من ناحية ، وهو واجب يقع على عاتق كل شخص من

---

(١) انظر سابقا ، ص ٥٩١ .

(٢) انظر سابقا ، ص ٧٥٤ .



ناحية أخرى «١» • ولازدواج طبيعة الاسم على هذا النحو أثره — كما  
سنرى — في تحديد خصائصه •

## ٢٨٨ — حماية الاسم

كان من الطبيعي أن يجد الجدل حول التكيف القانوني للاسم  
صداه فيما يتعلق بحمايته • فظاهر أن القول باعتبار الاسم مجرد واجب  
أو نظام أمن مدني مفروض على الأفراد ، لا يجعل للاسم حماية الا في حالة  
وقوع ضرر على صاحبه وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية ، فلا يجوز  
له — في حال تخلف الضرر — المطالبة برد ووقف الاعتداء الواقع على  
اسمه من جراء استعمال الغير أو انتحاله له • ولعل الرغبة في تفادي  
هذه النتيجة ، هي التي مهدت وروجت لاعتبار حق الشخص على اسمه  
حق ملكية ، ليتمكن بذلك صاحب الاسم — كما يتمكن المالك — من  
المطالبة برد ووقف أى اعتداء يقع على اسمه دون حاجة من جانبه الى  
اثبات وقوع ضرر ناجم عن ذلك «٢» • غير أن حق الملكية لا يصلح —  
كما سبق البيان — تبريرا لحق الشخص على اسمه ، فهو في واقع الأمر حق  
من حقوق الشخصية • واعتباره كذلك ، يستتبع — من حيث حمايته —  
نفس الأثر الذي يستتبعه اعتباره حق ملكية ، فتجب له الحماية دون  
توقف على اثبات حصول ضرر من استعمال الغير للاسم أو انتحاله أو  
المنازعة فيه • ذلك أن حقوق الشخصية — والحقوق بوجه عام —  
يجب أن تكون مكفولة لذاتها دون توقف على وقوع ضرر من جراء  
الاعتداء عليها ، فلأصحابها مصلحة ظاهرة — في حال المنازعة فيها

(١) انظر في هذا المعنى :

Josserand; Planiol, Ripert et Savatier; Ripert et Boulanger, ibid. —

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 955, pp. 1176, 1179.

عبد المنعم فرج الصدة ، الموضع السابق . — شفيق شحاته ، المرجع  
السابق، فقرة ٤٣ . — جميل الشرقاوى، المرجع السابق، ص ٧٣-٧٦ . — اسماعيل  
فانم ، وعبد المنعم البدر اوى ، وعبد الفتاح عبد الباقي ، الموضع السابقة .

Ripert et Boulanger, No. 907. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., (٢)

t. I, No. 116, p. 144.



أو ادعائها من قبل الغير — تبرر المطالبة بوقف هذه المنازعة أو الادعاء ولو لم يلحقهم ضرر محدد نتيجة ذلك «١» .

وعلى هذا النحو ، فمادام ثم اعتداء على الاسم من قبل الغير بالمنازعة فيه أو اتحاله لنفسه أو استعماله على أى وجه كان ، فمعنى ذلك — والاسم هو علامة الشخصية المميزة — المساس بشخصيته وانكار ذاتيته وتعريضها أو احتمال تعريضها للاختلاط بغيرها ؛ وذلك كله كاف — دون تحميل صاحب الاسم بعبء اثبات ترتب ضرر محدد «٢» — لتبرير حمايته بوقف مثل هذا الاعتداء ، مع عدم الاخلال — فضلا عن ذلك — بحقه في التعويض اذا أثبت ترتب مثل هذا الضرر المحدد .

---

(١) أنظر سابقا ، ص ٥٩٥ ، و ٥٩٦ .

(٢) واذا كان القضاء الفرنسى — فى حال قيام مؤلف باصطناع اسم مستعار لنفسه أو اطلاق اسم على احدى شخصيات قصصه أو رواياته يكون هو نفس اسم أحد الأشخاص الحقيقيين فى الحياة — يبدو فى بعض أحكامه ( راجع فى هذه الأحكام :

(Mazeaud, op. cit., t. I, pp. 547-551

محملا صاحب الاسم الحقيقى بعبء اثبات ضرر يصيبه من جراء ذلك ؛ فلا يجب ان يستخلص من ذلك — كما يذهب البعض Mazeaud, op. cit., No. 565 — أن حماية الاسم فى هذه الحالات مرتبهة — كقاعدة عامة — باثبات ضرر من استعمال الغير له . وانما ترتب هذه الحماية بما يحمله هذا الاستعمال من خلط واقع أو محتمل ، بحيث يظل الأصل على حاله من كفاية ذلك — دون حاجة الى اثبات ضرر محدد — للمطالبة بحماية الاسم ووقف هذا الاستعمال . أما حيث يتعذر أو يستحيل حصول أو احتمال الخلط نتيجة هذا الاستعمال لتباين الظروف بما يبعد بين الشخصين أو كون الاسم من الأسماء العادية الشائعة التى ليست لها دلالة خاصة مميزة ، فلا تتأتى الحماية حينئذ إلا باثبات وقوع ضرر محدد يبرر المطالبة بوقف الاستعمال وبالتعويض كذلك ( انظر فى هذا المعنى :

Capitant, op. cit., No. 133. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 955, p. 1178.

وقارن : Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 116, pp. 144, 145

، — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 908.



ويبدو أن المشرع المصري ينظر هذه النظرة الى حقوق الشخصية عامة «<sup>١</sup>» والحق في الاسم خاصة باعتباره أحدها . فالمادة ٥٠ من التقنين المدني تنص على أن « لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » . وتطبق المادة ٥١ نفس القاعدة على الاسم ، فتقول « لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه بلا مبرر ، ومن انتحل الغير اسمه دون حق ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » . وبذلك يجمع صاحب الاسم «<sup>٢</sup>» وسيلتين لحماية حقه من المنازعة أو الانتحال : الأولى ، هي المطالبة بوقف الاعتداء وذلك دون تعليق على وقوع ضرر . والثانية ، هي المطالبة بالتعويض ، وهذه لا بد فيها من وقوع ضرر من جراء المنازعة أو الانتحال .

والمقصود بالمنازعة اعتراض الغير على حق شخص معين في التسمية بالاسم الذي يحمله وبالتالي على استعماله له ؛ فإذا لم يكن لهذه المنازعة ما يبررها ، كان لصاحب الاسم المنازع فيه المطالبة بوقفها وتأكيد اعلان حقه في اسمه ولو لم يترتب عليها ضرر محدد به لأن في مجرد المنازعة معنى انكار ذاتية الشخص والمساس بشخصيته ، وله — اذا ترتب على مثل هذه المنازعة ضرر — المطالبة فضلا عن ذلك بالتعويض عنه .

وأما الانتحال ، فيقصد به تسمية الغير باسم شخص معين واستعماله له دون حق ، ففي ذلك مساس ظاهر بشخصية صاحب الحق في الاسم واشاعة للخلط بينه وبين المنتحل ، مما يبرر لذاته — ودون توقف على ترتب

---

(١) انظر سابقا ص ٥٩٥ و ٥٩٦ .

(٢) يبدو أمام ماللاسم كلقب من طبيعة مزدوجة فردية وعائلية ، أنه يجب تخويل كل فرد من أفراد الأسرة على حدة حق المطالبة بحماية اللقب ضد أي منازعة أو انتحال من قبل الغير .

( انظر : Planiol, Ripert : Capitant, op. cit., No. 133, p. 178. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 116, pp. 145, 146. — et Savatier, op. cit., t. I, No. 955, pp. 1177, 1178 ).



ضرر - المطالبة بوقف هذا الانتحال ، أما اذا ترتب عليه ضرر فيكون له - فضلا عن ذلك - اقتضاء تعويض عنه . ومادام الانتحال هو ادعاء اسم لاحق للمنتحل فيه ، فيخرج اذن من صور الانتحال حالة تشابه الأسماء وتطابقها تطابقا تاما ، فكل شخص يحمل مثل هذا الاسم المتشابه المشترك ويستعمله انما يكون مستعملا لاسمه هو وبمقتضى حقه فيه فلا يعد منتحلا لاسم الغير المطابق له حتى يملك هذا الغير منعه من استعماله لم يل كل ما يملكه - اذا أراد توقي الخط - أن يضيف الى اسمه ما يميزه عن سميته ، الا اذا كان هذا الأخير يستغل تطابق الاسمين بما يعود بالضرر « ١ » المادى أو المعنوى على الأول فيكون للمضروب المطالبة بالتعويض وفق قواعد المسؤولية التقصيرية .

#### ٢٨٩ - خصائص الاسم

قلنا ان الاسم له طبيعة مزدوجة ، فهو حق من حقوق الشخصية من ناحية ، وهو واجب على الشخص من ناحية أخرى . وكل من هاتين الطبيعتين تسبغ على الاسم خصائص معينة تتفق معها .

(١) الخصائص المتفرعة على اعتبار الاسم حقا من حقوق الشخصية : اعتبار الاسم حقا من حقوق الشخصية يعطى له صفات الشخصية من عدم القابلية للتصرف والتقادم .

١ - عدم القابلية للتصرف ( inaliénabilité ou indisponibilité ) : مادام الاسم يعتبر علامة للشخصية ووسيلة للتمييز بين الأشخاص وتجنب الخلط بينهم ، فمن الطبيعي أن يكون لصيقا بالشخص ، وأن يتمتع لذلك التصرف فيه سواء بين الأحياء أو لما بعد الموت بالوصية أو تخويل

---

(١) انظر : شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٣٧ . - عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ٣١ . - عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ٤٣ ، ص ٧٢ .



الغير حق استعماله «١» . وهذه الخاصة التي يتصف بها الاسم ،  
تتفرع كذلك على مبدأ ثباته وامتناع تغييره بمحض الارادة المطلقة «٢» .

ولكن اذا كان مبدأ امتناع التصرف في الاسم مبنيا على اعتبار الاسم  
العلامة المميزة للشخصية والحالة ومقصودا به تمييز الأشخاص ومنع  
الخلط بينهم ، فيتحدد مدى هذا المبدأ اذن بهذا الغرض . ولذلك حيث  
يستعمل الاسم في غير هذا الغرض من تمييز الأشخاص ، فليس ثم ما يمنع  
من التصرف فيه أو التنازل عنه أو الترخيص للغير في استعماله «٣» .

ولذلك يمكن للشخص تخويل مؤلف الحق في اطلاق اسمه على  
أحد الأشخاص الخيالية في رواياته أو قصصه ، أو السماح للغير باستعمال  
اسمه كاسم مستعار أدبي أو فني «٤» .

---

(١) ومع ذلك ، فتعتبر محكمة النقض الفرنسية صحيحة اذن الزوج  
زوجته السابقة في الاستمرار في التسمية بلقبه واستعماله بعد الطلاق .  
( Civ. 20 février 1924, cité par Mazeaud, op. cit., p. 456 ) .

واذا كان هذا القضاء يبدو مناقضا لمبدأ عدم قابلية الاسم للتصرف مما  
يحمل بعض الفقهاء على انتقاده  
( Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 111. — Marty et Raynaud,  
op. cit., t. I, No. 948, p. 1170 ) .

فيبدو من الممكن — رغم ذلك — تبريره وتأييده في حال ما اذا كانت الزوجة  
تمارس تحت هذا اللقب نشاطا أدبيا أو فنيا أو تجاريا معيناً بحيث تعرف  
وتكتسب ثقة الجمهور في هذا النشاط به ، اذ لايعنى هذا الاذن تخويلها  
الاستمرار في استعماله كاسم مدني كما كان عليه الحال وقت الزوجية ،  
وانما تخويلها مجرد استعماله — بعد الطلاق — كاسم مستعار أو اسم تجاري  
وهو تخويل ممكن ومشروع ( في هذا المعنى : Mazeaud, op. cit., t. I, p. 546 )

(٢) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 119, p. 148.  
Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 956, p. 1180.

(٣) Planiol, Ripert et Savatier, ibid. — Mazeaud, op. cit., t. I,  
No. 557.

(٤) Nerson, thèse précitée, No. 185, pp. 401, 402. — Planiol,  
Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 119, p. 149. — Mazeaud, op. cit.,  
t. I, No. 557.

وانظر سابقا ، ص ٥٩٦ .



وكذلك يكون للشخص الذى ينشئ مالا معيناً يحمل اسمه — كمحل تجارى أو علامة تجارية أو براءة اختراع — ، التنازل للغير عن حق استعمال هذا الاسم لاستغلال هذا المال . اذ تكون للاسم وظيفتان مختلفتان ، تمييز الشخصية والحالة المدنية باعتباره اسماً مدنياً من ناحية ، وتمييز المحل أو العلامة أو البراءة باعتباره اسماً تجارياً من ناحية أخرى . وإذا كان مستحيلاً التنازل عن الاسم المدنى لاستحالة التنازل عن تمييز الشخصية والحالة ، فمن الممكن التنازل عن الاسم التجارى مادام يتخذ وسيلة مميزة لبعض الأموال . وبهذا التنازل ، يكون للمتنازل له استعمال الاسم كاسم تجارى محض وفى حدود استغلال المحل أو العلامة أو البراءة، ويستمر التنازل حاملاً له كاسم مدنى يميز شخصيته وحالته «<sup>١</sup>» .

٢ — عدم القابلية للتقادم ( *imprescriptibilité* ) : مادام الحق فى الاسم لصقياً بالشخصية ، فمعنى ذلك أنه ليس من الحقوق المالية التى يرد عليها التقادم المسقط أو المكسب . ولذلك فاتتحال شخص اسم شخص آخر ، لا يكسبه حقاً فيه مهما طالت مدة اتحاله واستعماله له «<sup>٢</sup>» . وعدم استعمال اللقب خاصة ، لا يفقد صاحبه ولا فروعه من بعده حق

(١) انظر فى التنازل عن الاسم التجارى :

Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 119, pp. 149-151. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 912. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 557. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 956, p. 1180. — Nerson, thèse précitée, No. 185, p. 402.

(٢) ولكن فى غير أحوال الانتحال ، يبدو أن القضاء الفرنسى يدخل فى اعتباره عامل المدة واستطالتها ما يجاوز قرناً من الزمان لاستخلاص اكتساب حق فى الاسم ، طالما كان استعماله — طوال هذه المدة — علنياً ومستقراً دون منازعة وبحسن نية ( انظر فى الإشارة الى هذا القضاء :

Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 118. — Marty et Raymond, op. cit., t. I, No. 956, pp. 1180, 1181. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 558).

وأيضاً كان الراى فى مثل هذا القضاء فى القانون الفرنسى ، واعتباره من قبيل التقادم المكسب للاسم أو من قبيل حيازة الحالة ( Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 956, p. 1181 ) ؛ فيبدو وفرض الألقاب أمر =



استعادته واستعماله مهما طالت مدة اهماله .

وواضح أن عدم القابلية للتقادم يقتصر على الاسم المدنى وحده باعتباره العلامة المميزة للشخصية والحالة . أما الاسم التجارى وثم قيمة مالية له ، فليس مايمنع — والتصرف فيه جائز — من اكتسابه كذلك أو فقده بالتقادم « ١ » .

(٢) الخصائص المتفرعة على اعتبار الاسم واجبا : قلنا ان الاسم — فضلا عن اعتباره حقا — يعتبر كذلك واجبا . واعتباره واجبا يجعله فرضا محتوما على كل فرد من ناحية ، وغير قابل للتغيير والتعديل بإرادة صاحبه وحده من ناحية أخرى .

١ - ضرورة الاسم لكل شخص : قلنا ان الصالح العام واستقرار وأمن المعاملات يفرض ضرورة تسمى كل فرد باسم معين — مكون من اسم شخصى ولقب — ليكون علامة مميزة لشخصيته ومانعا من اختلاطه بغيره من الأفراد . ولذلك يعتبر الاسم من لوازم الشخصية وعلاماتها الضرورية ، بحيث لا يتصور تخلفه عند أحد من الأفراد ، ولهذا يقتضى قانون المواليد والوفيات ذكر اسم المولود عند التبليغ عن ولادته .

٢ - ثبات الاسم وعدم تغييره بمحض الإرادة واستقلالها : اعتبار الاسم واجبا ، يجعله غير قابل للتغيير والتعديل بمحض إرادة الشخص وحده ، والا انقلب الفرض من فرضه وكثر في شأنه الادعاء والانتحال وشاع الاختلاط بين الأشخاص ، مما ينعكس أثره السئ على استقرار المعاملات في الجماعة . من أجل ذلك ، يخضع تغيير الاسم دائما

مستحدث في القانون المصرى ولم يصدر بعد التشريع المنظم لكيفية اكتسابها — انه يمكن الاعتداد بمضى المدة لاثبات اكتساب لقب معين ابتداء مادام ذلك لا يحمل مظنة الانتحال وسوء النية . وأما اكتساب لقب جديد على خلاف لقب مكتسب من الأصل ، فيبدو غير جائز عن طريق التقادم ومضى المدة ، طالما المشرع يفرض اجراءات معينة واجبا اتباعها لتغيير الأسماء واللقاب وتعديلها .



لاجراءات معينة يتطلبها القانون لضمان جدية التغير المطلوب وحماية الغير مما قد يكمن وراء هذا التغير من تحايل أو انتحال .

والاعتبارات التي قد تدعو الى تغيير الاسم وتعديله كثيرة ، كوقوع خطأ في تحريره عند القيد في سجل المواليد ، أو الاشتهار في الجماعة بغيره من الأسماء ، أو الرغبة في تفادى مايسببه لصاحبه من عنت وخرج اذا كان فيه ما يحمل على الهزء والسخرية ، أو الرغبة في مسايرة تغيير صاحبه لدينه .

وقد كانت اجراءات تغيير الاسم في القانون المصرى طويلة ، حيث كان من الواجب استصدار اعلام شرعى بالتغير ، ثم مقاضاة وزارة الصحة لالزامها باجراء التغير في سجلات المواليد . غير أن القانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالمواليد والوفيات ، والقانون رقم ٦٢٧ لسنة ١٩٥٣ الصادر بتعديل المادة ٣٢ منه ، قد يسرا هذه الاجراءات على طالبي التغير . فأصبح يكفى الآن تقديم طلب الى المديرية أو المحافظة لتحيله بعد التحرى الى وزارة الصحة العمومية ، التي تنشر عنه - ان رأته جائز القبول - بتعليق اعلان به لمدة خمسة عشر يوما على باب القسم أو المركز أو على باب العمدة في الجهة التي حصلت فيها الولادة ، وتكلف الطالب بنشر الاعلان في احدى الجرائد اليومية . فاذا لم تقدم معارضة في الطلب خلال الخمسة عشر يوما التالية للنشر ، أو قدمت معارضة «أ» ورأت الوزارة بعد التحقيق عدم

---

(١) تتصور هذه المعارضة عادة من الشخص الذى يرى في هذا التغير انتحالا لاسمه أو مظنه للخلط بينه وبين طالب التغير . اذ يكون له ، بمقتضى حقه في الاسم ومايخوله من حق المطالبة بوقف انتحاله أو المنازعة فيه ، الاعتراض على تغيير الغير لاسمه الذى يقصد منه ذلك . فهذه المعارضة اذن ليست الا امتدادا لحماية القانون للاسم من كل انتحال .

( انظر : Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 955, pp. 1178, 1179 . )



صحتها ، يعرض الأمر على لجنة مشكلة لذلك «١» ، فاذا وافقت اللجنة على قبول الطلب ، أجرى قيد التغيير المطلوب على هامش دفتر المواليد .

#### ٢٩٠ - اسم الشهرة والاسم المستعار

قد يعرف الشخص باسم آخر مخالف لاسمه الأصلي ؛ سواء كان هذا الاسم الطارئ « اسم شهرة » ( surnom ) يخلعه عليه الجمهور ، أو كان من قبيل « الاسم المستعار » ( pseudonyme ) الذي يختاره الشخص ويخلعه على نفسه في بعض نواحي نشاطه كالنشاط الأدبي أو الفني . وبذلك يتميز اسم الشهرة عن الاسم المستعار من ناحية المصدر وناحية النطاق على حد سواء ، اذ يصدر الأول عن الجمهور بينما يصدر الثاني عن الشخص نفسه ، ويستوعب الأول كامل شخصية الفرد ونشاطه بينما يقتصر الثاني على وجه معين دون غيره من أوجه هذا النشاط «٢» .

واذا كان اسم الشهرة لا يخضع من حيث اطلاقه لتحديد أو تنظيم معين لأنه يصدر عن الجمهور وما تجرى به عاداته ، فواضح أن الاسم المستعار — على خلاف ذلك — يجب أن تقيد حرية اختياره حماية للغير ومنعا للفساد . فحرية اختيار الاسم المستعار تتقيد بالضرورة باحترام اسم الغير وتجنب انتحاله ؛ ولذلك يكون للشخص أن يطالب بمنع غيره من اتخاذ اسمه اسما مستعارا له «٣» ، لما يحمله ذلك من معنى وقوع أو احتمال الخلط بين الشخصين . ومع ذلك ، فيبدو أن القضاء الفرنسي يترخص في حماية الاسم المستعار ولو كان مطابقا لاسم شخص آخر اذا كان قد مضى على استخدام الاسم المستعار وقت طويل تأكد به وجه من أوجه نشاط

---

(١) هذه اللجنة مشكلة من مدير القسم المختص بوزارة الصحة العمومية وأحد وكلاء النائب العام وعضو من الشعبة المختصة بمجلس الدولة .

(٢) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 129. — Marty  
et Raynaud, op. cit., t. I, No. 960.

(٣) الا أن يرخص له في ذلك ؛ انظر سابقا ، ص ٧٦٢ .



صاحبه واكتسب ثقة الجمهور تحته «١» ، اعتدادا باكتساب صاحبه شهرة معينة في هذا الوجه من النشاط تحته وامتناع المنازعة فيه من ذى الشأن طوال هذه المدة . ولكن مثل هذا القضاء لا يجب تأييده على اطلاقه «٢» ؛ فينبغى أن لا يكتفى بعامل مضي المدة واكتساب الشهرة تحت الاسم المستعار طوالها لتبرير حمايته ، بل يجب أن يعتد أساسا — فضلا عن ذلك — بترتب أو عدم ترتب خلط بين الشخصين وبحسن نية صاحب الاسم المستعار : فإذا كان الأصل أن مثل هذا الخلط يكون غير محتمل نظرا لاقتصار الاسم المستعار على وجه معين من أوجه نشاط صاحبه ، إلا أنه مع ذلك متصور إذا كان صاحب الاسم الأصلي يمارس نفس الوجه من النشاط تحته . وكذلك إذا كان الغالب أن صاحب الاسم المستعار يجهل مطابقتها لاسم أصلى لشخص آخر مما يزيد في تبرير حمايته ، فتبدو هذه الحماية غير واجبة إذا كان يعلم بهذه المطابقة، خاصة إذا كان ينجم عنها خلط بين الشخصين .

وعلى أى حال ، فإذا كان للشخص اسم شهرة أو اسم مستعار ، فإن القانون يحمى حقه في استعماله بمنع المنازعة فيه أو انتحاله ؛ بحيث يكون لصاحبه أن يقتضى من الغير تعيينه باسم الشهرة مضافا الى اسمه الأصلي ، أو بالاسم المستعار وحده في وجه النشاط الممارس تحته وخاصة إذا كان مقصودا به ستر الاسم الحقيقي ؛ ويكون له كذلك المطالبة بمنع الغير من استعمال أو انتحال اسم شهرته أو اسمه المستعار كاسم مستعار لنفسه ، أو على الأقل بالتعديل فيه بما يمنع كل احتمال للاختلاط بينهما «٣» .

(١) Paris, 18 juillet 1949, cité par Mazeaud, op. cit., t. I, p. 551

(٢) قارن مع ذلك :

Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 130. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 564. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 961.

(٣) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 131. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 962.



ولكن يراعى أن اسم الشهرة والاسم المستعار — على خلاف الاسم الأصلي — تكون له صفة فردية مقصورة على صاحبه ، فلا يكتسبه أولاده وفروعه بالنسب «<sup>١</sup>» .

### ٢٩١ - الاسم التجارى

قد يستخدم التاجر اسما يمارس تحته التجارة ويكون مميذا لمحلته التجارى ، وهو ما يطلق عليه «الاسم التجارى» ( le nom commercial ) ، ويدخل فى تكوينه الاسم المدنى كعنصر أساسى اذا كان التاجر فردا «<sup>٢</sup>» .  
ومادام الاسم التجارى على هذا النحو ليس علامة مميزة للحالة وللشخصية فى ذاتها بل للنشاط التجارى للشخص بحيث يعتبر من عناصر ومقومات محله التجارى ، فتثبت له — كالمحل التجارى — صفة مالية ، مما يباعد بينه — فى الخصائص — وبين الاسم المدنى الذى يعتبر لصقيا بالشخصية ، ولذلك يكون — على خلاف الاسم المدنى — قابلا للتصرف وللتقادم «<sup>٣</sup>» .

ولكن اذا كان الاسم التجارى قابلا للتصرف باعتباره عنصرا من عناصر المحل التجارى ، فان ذلك يفرض النظر اليه باعتباره غير منفصل عن هذا المحل ، مما لا يجوز معه التصرف فيه « تصرفا مستقلا عن التصرف فى المحل التجارى المخصص له » «<sup>٤</sup>» ؛ وهو مايؤدى كذلك الى حماية الجمهور من اللبس والتضليل «<sup>٥</sup>» .

---

(١) Marty et Raynaud, ibid.

(٢) مصطفى كمال طه ، القانون التجارى ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٦ ، فقرة ٩٩٧ .

(٣) فى هذا المعنى :

Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 119. — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 557, 558.

مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرات ٩٩٣ و ٩٩٤ .  
وانظر سابقا ، ص ٧٦٣ و ٧٦٤ .

(٤) م ٨ من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١ الخاص بالاسماء التجارية .

(٥) مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ١٠٠٨ .



وإذا كان للمتصرف اليه حق استعمال الاسم التجارى ، فواضح أن استعماله له قاصر على حدود الغرض منه كعلامة مميزة للمحل التجارى تجتذب ثقة جمهور معين من العملاء . وتأكيذا لذلك ومنعا للاختلاط بين المتصرف اليه الذى يستعمل الاسم التجارى فى هذه الحدود وبين المتصرف الذى يبقى حاملا لنفس الاسم — او للعنصر الأساسى فيه — كاسم مدنى ، يجب أن يضاف الى الاسم التجارى ما يفيد منع هذا الاختلاط كسبقة أو اردافه بكلمة « خلف » أو « خلفاء » أو « محل سابق » ؛ ويمتنع على الخلف المتصرف اليه التوقيع بالاسم التجارى فى غير شئون التجارة المتعلقة بالمحل ، بل والتوقيع باسم سلفه التجارى وحده دون اضافة فى هذه الشئون « ١ » .

وينبغى تقييد حق المتصرف اليه بما يمنع تعسفه فى استعمال الاسم التجارى الذى يظل ثابتا لسلفه المتصرف كاسم مدنى ، سواء بما يشين سمعة هذا السلف أو بما يثير الخلط بينهما « ١ » .

وعلى أى حال ، فالقانون يحمى الاسم التجارى ، ويخول صاحبه حق المطالبة بوقف المنازعة فيه أو انتحاله من قبل الغير مع التعويض عما قد يترتب على ذلك من ضرر . وإذا كان الأصل أن لكل شخص الحق فى أن يتخذ من اسمه المدنى اسما تجاريا يمارس تحته تجارته ويميز محله دون أن يملك الغير الذى له اسم تجارى مطابق سابق منعه من ذلك ، الا أن من الواجب الزامه باضافة ما يفيد التمييز بين الاسمين منعا للخلط وتوقيا من المنافسة غير المشروعة « ٢ » .

(١) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 119, p. 150.  
Mazeaud, op. cit., t. I, No. 557.

وقرب : مصطفى كمال طه ، الموضع السابق .

(٢) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., No. 119, p. 151.

(٣) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., No. 119, p. 150.

مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ١٠٠٦ .

وانظر المادة ٣ من قانون الأسماء التجارية التى تقضى بأنه « . . . إذا كان التاجر الآخر ولقبه يشبهان الاسم التجارى المقيد فى السجل ، وجب عليه أن يضيف الى اسمه بيانا يميزه عن الاسم السابق قيده » .



## المطلب الثالث

الموطن (١)  
Le domicile

### ٢٩٢ - أهمية الموطن وتقسيمه

إذا كانت الحالة تحدد مركز الفرد بالنسبة الى الدولة والأسرة وأحيانا الى الدين ، والاسم يتيح التعرف على ذاته ومنع اختلاطه بغيره من الأفراد ، فإن الموطن يتيح العثور على مقره ومكانه . فالمقصود بالموطن المقر القانوني للشخص فيما يتعلق بنشاطه القانوني وعلاقاته مع غيره من الأشخاص ، بحيث يعتبر موجودا فيه على الدوام ولو تغيب عنه بصفة مؤقتة . والموطن ، على هذا النحو ، يفترق عن « محل الوجود » ( la demeure ) الذي قد يوجد فيه الشخص بصفة عارضة مؤقتة ، كفندق يقيم فيه شخص على سفر بضعة أيام ، بحيث لا يمكن اعتباره في نظر القانون مقرا ثابتا له في علاقاته مع غير من الأشخاص .

وتبدو أهمية وجود موطن للشخص في أنه يصبح المقر الذي يعتد القانون بكل ما يتم أو يوجه اليه فيه خاصا بعلاقاته ونشاطه القانوني .

---

(١) راجع في ذلك :

Capitant, op. cit., Nos. 102 - 110. — Josserand, op. cit., t. I, Nos. 223 - 242. — Nerson, thèse précitée, Nos. 17 - 21. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, Nos. 663 - 673. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, Nos. 137 - 173. — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 567 - 590. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 967 - 984. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 920 - 977.

شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فقرات ١٠٦ - ١١٦ . - سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرات ٢٥٦ - ٢٦٥ . - عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ١٣١ - ١٥٠ . - محمد كامل مرسى ، المرجع السابق ، فقرات ٢٠٥ - ٢٢٩ . - عبد المنعم البدر اوى ، المرجع السابق ، فقرات ٧٩ - ٨٩ .



فالأوراق القضائية مثلا تعلن الى الشخص في موطنه ( م ١١ مرافعات ) •  
ودعاوى الحقوق الشخصية أو المنقولة ، يكون الاختصاص بنظرها  
للمحكمة الواقع في دائرتها موطن المدعى عليه ( م ٥٥ مرافعات ) •  
وشهر الاعسار يكون بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التي تتبعها  
موطن المدين ( م ٢٥٠ مدنى ) • وشهر الافلاس يكون من اختصاص  
المحكمة الكائن بدائرتها موطن المدين التاجر ( م ١٩٧ تجارى ) • والوفاء  
بالتزامات التي ليس محلها شيئا معيناً بالذات ، يكون في المكان الذي  
يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ( م ٢٤٧ مدنى ) • وبعض العقود  
أو التصرفات ، تجب مباشرتها في موطن المتصرف أو أحد المتعاقدين :  
فعقد الزواج يتم أمام المأذون الواقع في دائرته موطن الزوجة ، والطلاق  
يصدر أمام المأذون الواقع في دائرته موطن الزوج « ١ » •

والموطن اما موطن عام واما موطن خاص • ويقصد بالموطن العام  
المقر الذي يعتد به القانون بالنسبة الى نشاط الشخص وأعماله وعلاقاته  
بوجه عام • أما الموطن الخاص ، فيقصد به المقر الذي يعتد به القانون  
في شأن بعض علاقات أو أعمال أو أوجه نشاط معينة للشخص على  
وجه التحصيل • فنعرض أولا للموطن العام ، ثم للموطن الخاص  
وأنواعه •

### § ١ - الموطن العام

Le domicile général

#### ٢٩٢ - تراوح تحديد الموطن العام بين الاختيار والالزام

قلنا ان الموطن العام هو المقر القانونى للشخص الذي يعتد به في  
شأن نشاطه ومعاملاته بوجه عام دون تخصيص أو تعيين • والأصل أن

---

(١) وانظر كذلك في دور وأهمية الموطن من ناحية القانون الدولى الخاص:

Niboyet, Quelques considérations sur la détermination et le rôle du domicile en matière internationale; Etudes Capitane, pp. 549 - 568. —  
Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 140 bis.



الشخص يختار بإرادته المكان الذى يعطيه القانون صفة الموطن العام ؛ فإذا كان القانون مثلا يعتبر الموطن العام هو محل الإقامة العادية المستقرة ، فإن الشخص هو الذى يتخير بإرادته المكان الذى يقيم فيه بصفة عادية مستقرة • غير أن الموطن العام ليس دائما اختياريا ، فقد يفرض القانون استثناء لبعض الأشخاص موطننا عاما لا دخل لإرادتهم فى اختيار مكانه • فنعرض للموطن الإرادى أو الاختيارى ، ثم للموطن القانونى أو الإلزامى •

### ٢٩٤ - الموطن الإرادى أو الاختيارى

يتراوح تحديد الموطن الإرادى أو الاختيارى بين تصويرين مختلفين أحدهما واقعى والآخر حكمى ؛ وقد انحاز المشرع المصرى الى التصوير الواقعى •

#### ١ - التصوير الواقعى والتصوير الحكمى «(١)» :

تختلف الشرائع فى تحديد الموطن العام الإرادى أو الاختيارى تبعا لاختلافها على تصويره • وفى هذا الصدد نجد تصويرين رئيسيين للموطن: تصوير واقعى ، وتصوير حكمى • أما التصوير الواقعى فيعتد بالواقع فى العمل من وجود إقامة فعلية مستقرة للشخص ، فيحدد الموطن بأنه محل الإقامة المعتادة المستقرة • وأما التصوير الحكمى فيفصل بين الموطن وبين الإقامة الفعلية ، ويقيم - دون اعتداد بحقيقة الواقع - رباطا صناعيا مفروضا بين الشخص ومكان معين يتحدد عادة اما بمحل الميلاد واما بالمركز الرئيسى لأعماله ولو لم يقيم فيه إقامة معتادة •

(١) انظر فى ذلك :

Josserand, op. cit., t. I, No. 236, 238. — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 569, 570.



(١) آثار اختلاف التصويرين : تترتب على اختلاف تحديد الموطن وتصويره تصويرا حكما أو واقعا نتائج بعيدة المدى من حيث ضرورة الموطن ، ومن حيث وحدته أو تعدده .

١ - فمن حيث ضرورة الموطن ، نرى أن التصوير الحكيم يحتم أن يكون لكل شخص موطن ، اذ هو يقيم صلة صناعية مفروضة بين الشخص وبين مكان معين . فمثلا في القانون الفرنسي يكون لكل شخص في المبدأ موطن أصلي يكتسبه بالولادة هو موطن أبويه ، أو يكتسبه بتعيين وصى عليه فيكون هو موطن وصيه . وعند بلوغ سن الرشد ، يختار الشخص لنفسه عادة مركزا رئيسيا للأعمال يحل محل موطنه الأصلي ؛ فإن لم يفعل ، يفترض حينئذ أنه ظل محتفظا بموطنه الأصلي ولو كانت كل صلة له به منقطعة «١» ، فلا يتصور إذن في هذا التصوير وجود شخص دون موطن . أما التصوير الواقعي ، فهو على العكس من ذلك يسلم بإمكان انعدام الموطن ، ذلك أنه مؤسس على الإقامة العادية المستقرة ، فاذا تخلفت في الواقع هذه الإقامة لدى شخص من الأشخاص ، لا يكون له موطن ما .

٢ - أما من حيث وحدة الموطن أو تعدده ، ففي التصوير الحكيم لا يكون الموطن الا واحدا ، لأن تحديد الموطن فيه بالمركز الرئيسي لأعمال الشخص يجعل من المستحيل وجود أكثر من موطن واحد ، لأن المركز الرئيسي - حتى بين مراكز متعددة - لا يتصور الا أن يكون دائما واحدا «٢» . أما في التصوير الواقعي فليس من الحتم أن يكون الموطن واحدا ، بل يتعدد موطن الشخص بتعدد محال اقامته العادية المستقرة .

---

(١) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 160. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 573. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 981. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 922.

(٢) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., No. 141. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 984. — Ripert et Boulanger, op. cit., No. 926.



## ٢٩٨ - موطن ناقص الأهلية في شأن مايعتبر أهلا لمباشرة من تصرفات

إذا كان فرض موطن الزامى على القاصر ومن في حكمه من عديمي الأهلية وناقصيها عموما هو موطن من ينوب عنه من ولى أو وصى أو قيم ، مرده عدم قدرته على تولى شئونه ومباشرة التصرفات القانونية بنفسه ، فتنتفى الحكمة من فرض هذا الموطن الالزامى - كما سبق البيان - حيث يقرر القانون لناقص الأهلية - خروجاً على الأصل العام - أهلية أداء كاملة في مباشرة بعض أعمال وتصرفات قانونية معينة . لذلك يكون من الطبيعي أن يتحدد له - في شأن هذه الأعمال والتصرفات - موطن خاص غير موطنه العام وهو موطن ولى أو وصيه أو القيم عليه ، يتحدد تحديداً ارادياً من جانبه وغير مفروض عليه ؛ سواء بمحل اقامته المعتادة وهذا هو الأصل ، أو بمحل مباشرة ما يكون مأذوناً به من تجارة أو حرفة ، أو بمحل مختار لتنفيذ عمل أو تصرف قانونى معين يكون أهلاً لمباشرة . فحكمه اذن من حيث الموطن - في الحدود الاستثنائية المعترف له فيها بالأهلية - هو حكم الشخص كامل الأهلية .

ولذلك تنص المادة ٤٢/٢ من التقنين المدنى على أن « ... يكون للقاصر الذى بلغ ثمانى عشرة سنة ، ومن في حكمه ، موطن خاص بالنسبة الى الأعمال والتصرفات التى يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها » . وإذا كانت هذه المادة تحيل أساساً على ما يقرره القانون من أهلية القاصر البالغ ثمانى عشرة سنة أو السفیه وذى الغفلة المحجور عليه في شأن ما يؤذن فيه من أعمال الإدارة « ١ » ، ومن أهلية القاصر البالغ ثمانى عشرة

---

=الواقع هو ان المطعون عليه اعلن بتقرير الطعن في مكان وظيفته باعتباره مأموراً لاصلاحية الرجال مخاطباً مع احد الموظفين لغيابه مع ان الدعوى اقيمت عليه بصفته الشخصية ، فان هذا الاعلان يكون قد وقع باطلاً .

(١) تنص المادة ١١٢ من التقنين المدنى على أنه « اذا بلغ الصبى المميز =



للتهرب من حكم القانون أو مطالبات الغير «<sup>١</sup>» ، الا أنه يمتاز بأساسه الواقعي ونتائجه العملية . فهو من ناحية يربط الموطن بالاقامة الفعلية المعتادة وهو ما يتفق مع الواقع والمنطق ؛ وهو من ناحية أخرى يسلم بما هو واقع في العمل من امكان تعدد الموطن أو انعدامه .

(٣) موقف القوانين المختلفة من التصويرين : تختلف القوانين في الانحياز الى أحد التصويرين دون الآخر . وقد كان القانون الفرنسى — منذ مطلع القرن الماضى الى اليوم — المثل البارز على الشرائع التى تأخذ بالتصوير الحكيم للموطن ، فقد حددته بأنه المركز الرئيسى لأعمال الشخص ونشاطه . غير أن القضاء الفرنسى — أمام مجافاة هذا التصوير للواقع وما يستتبعه من نتائج غير عملية — ما لبث أن خرج عليه وعلى ما يقرره من مبدأ وحدة الموطن خاصة ، فأقام نظرية « الموطن الظاهر » ( Le domicile apparent ) «<sup>٢</sup>» ، التى بمقتضاها يصح اعلان الشخص بالأوراق القضائية فى الموطن الظاهر للناس على أنه موطنه وهو عادة محل سكنه واقامته ، كما يصح اختصاصه أمام المحكمة الواقعة فى دائرتها هذا الموطن ، ما دام المعلنون أو المختصمون حسنى النية مخدوعين فى هذا الموطن الظاهر بحيث ظنوه موطنه الحقيقى أى المركز الرئيسى لأعماله ، أو عاجزين عن تحديد هذا المركز الرئيسى .

ويتبع القانون المدنى الالمانى التصوير الواقعى للموطن اذ يحدده بمحل الاقامة المعتادة للشخص ويجوز تعدده ( م ٧ ) . وكذلك تفعل الشريعة الاسلامية ، اذ يقرر بعض فقهاءها أنه « يجوز أن يكون

---

(١) فى هذا المعنى :

Mazeaud, op. cit., t. I, No. 591, p. 557.

(٢) انظر فى ذلك :

Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 669, pp. 515, 516. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 164. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 578.



الموطن الأصلي واحدا أو أكثر من ذلك ، بأن كان ( للشخص ) أهل ودار في بلدين أو أكثر ، ولم يكن من نية أهله الخروج منها وإن كان هو ينتقل من أهل الى أهل في السنة ، حتى أنه لو خرج مسافرا من بلدة فيها أهله ودخل في أية بلدة من البلاد التي فيها أهله ، فيصير مقيما من غير نية الإقامة «<sup>١</sup>» .

ويبدو أن ظهور أفضلية التصوير الواقعي على التصوير الحكمي للموطن ، بدأت تحول الاتجاه نحوه حتى عند فقهاء القوانين التي تأخذ بالتصوير الحكمي ، مما كان له أثره في المشروع التمهيدي الذي يعد الآن لتنقيح التقنين المدني الفرنسي ، فقد عدل هذا المشروع عن مسطرة حكم التقنين الحالي في تحديد الموطن بالمركز الرئيسي للأعمال الى تحديده في المبدأ بمحل الإقامة الرئيسي «<sup>٢</sup>» .

(١) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ١ ، ص ١٠٣ - ١٠٥ ، مشار اليه في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ، ص ٣٤٣ .  
(٢) تنص المادة ٢٢٤ من المشروع على ما يأتي :

« Le domicile de toute personne physique est au lieu où elle a, en fait, sa résidence principale ».

ولكن المشروع يجعل محل مباشرة النشاط المهني الرئيسي موطننا احتياطيا عند عدم إمكان تحديد الإقامة الرئيسية على وجه مؤكد ، اذ ينص في المادة ٢٢٥ على ما يأتي :

« Lorsque la résidence principale ne peut être établie avec certitude, le domicile est au lieu où s'exerce l'activité professionnelle principale ».

انظر في مناقشات لجنة التنقيح التي وضعت المشروع في هذا الصدد:

Travaux de La Commission de réforme du code civil, année 1950-1951, pp. 121 et s.

وعلى أي حال ، فإذا كان هذا المشروع يأخذ في المبدأ بالتصوير الواقعي ، إلا أنه يرفض - فيما يبدو - بعض نتائجه من تعدد الموطن ، بتحديد الإقامة مناطه بالإقامة الرئيسية وحدها . ولا يعني تقريره موطننا مهنيا لأصحاب المهن أو الحرف في محل مباشرة المهنة أو الحرفة الرئيسية وفيما يتعلق بشئونها (م ٢٢٩) أنه يأخذ بتعدد الموطن ويهجر مبدأ وحدته كما تذهب الى ذلك مذكرته الايضاحية . ( Avant - projet du code civil, 1ère partie, 1955, p. 88 ) .

؛ اذ هذا الموطن مجرد موطن خاص والتعدد المقصود هو تعدد الموطن العام =



## ٢ - أخذ القانون المصرى بالتصوير الواقعى :

كان موقف القانون المصرى - فى ظل التقنيات القديمة - مبهما فى شأن تحديد الموطن وتغليب أحد التصويرين على الآخر. فمن ناحية، كانت لائحة المحاكم الشرعية تساير التصوير الواقعى للموطن المقرر فى الشريعة الإسلامية، إذ عرفت أنه « البلد الذى يقطنه الشخص على وجه يعتبر مقيما فيه عادة » . ومن ناحية أخرى، كان يوجد - فى النسخ العربية الرسمية لتقنينى المرافعات المختلط والأهلى - تعليق مدرج تحت المادة الثالثة منهما، يتضمن تعريفا للموطن بأنه « المركز الشرعى المنسوب للانسان الذى يقوم فيه باستيفاء ماله وإيفاء ما عليه، ويعتبر وجوده فيه على الدوام وإن لم يكن حاضرا فيه فى بعض الأحيان أو أغلبها، وأنه لا يجهل ما يحصل فيه مما يتعلق بنفسه » . ولكن يبدو أن القضاء المصرى قد اتجه فى مجموعه « ١ » الى الاستناد الى التعريف الأخير - رغم أنه غير متضمن فى

= ويبدو أن موقف هذا المشروع ليس بالفريد . فالقانون السويسرى يأخذ كذلك بالتصوير الواقعى للموطن حيث يعرفه بأنه المكان الذى يقيم الشخص بنية الاستقرار فيه ( م ٢٣ / ١ ) ؛ ثم لا يلبث - رغم ذلك - أن يستبعد تعدده ويفرض وحدته، حيث يقرر أنه لا يجوز لأحد - فيما عدا المنشأة الصناعية أو التجارية - أن تكون له عدة مواطن فى نفس الوقت ( م ٢٣ / ١ و ٢ ) وهذا ما بدعوا بعض الفقهاء الى القول بأن نتائج التصوير الواقعى من امكان تعدد الموطن أو انعدامه هى نتائج تترتب عليه عادة وليس ضرورة ( انظر من ذلك، عند الحى حجازى، المرجع السابق، هامش ومتن ص ١٣٨ ) .

(١) ومع ذلك، فيبدو أن محكمة النقض قد أخذت بالتصوير الواقعى والتصوير الحكمى معا بحيث يكون موطن الشخص فى محل سكنه أو محل عمله على السواء، إذ قررت أن « ... المحل المقصود فى المادة السادسة من قانون المرافعات ( القديم ) هو المركز الشرعى المنسوب الى الشخص الذى يفترض أنه عالم بما يجرى فيه مما يتعلق بنفسه وأنه موجود فيه دائما ولو غاب عنه بعض الأحيان . والمحل بهذا المعنى، كما يجوز أن يكون سكن الشخص الذى يعيش فيه، يجوز أن يكون محل عمله الذى يقوم فيه باستيفاء ماله وإيفاء ما عليه . وإذا كانت المادة السابعة من قانون المرافعات ( القديم ) قد تحدثت عن خادم المعلن اليه أو اقاربه الساكنين معه، فإن هذا معناه أن أحكام المادة المذكورة واجبة التطبيق حيث يكون الاعلان قد وجه الى مسكن المراد اعلانه، وهو لا يعنى بحال أن الشارع لم يرد بالمحل الا المسكن، إذ لو كان ذلك مراد الشارع لنص على وجوب الاعلان فى المسكن بدلا من أن ينص على وجوبه فى =



نص له قوة التشريع — في الأخذ بالتصوير الحكيم للموطن كما يفعل القانون الفرنسى • غير أن الضرورات العملية قد ألجأت المحاكم المصرية الى الخروج في بعض حالات عما يقرره هذا التصوير من مبدأ وحدة الموطن «١» •

من أجل ذلك رأى التقنين المدنى الجديد « أن يرفع عن القضاء هذا العنت ، فصور الموطن تصويرا واقعا يستجيب للحاجات العملية ويتفق مع المبادئ المقررة في الشريعة الاسلامية » «٢» ، وما يأخذ به القانون الألمانى ، فنص في المادة ١/٤٠ على أن « الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة » •

وبذلك انحاز القانون المصرى صراحة الى التصوير الواقعى للموطن حين جعل مناطه الاقامة المعتادة • والمقصود بالاقامة المعتادة ، الاقامة الفعلية بصفة مستقرة • وبذلك يتميز الموطن عن مجرد الوجود أو السكن غير المصحوب بالاستقرار • وليس يقصد بالاستقرار استمرار الاقامة واتصالها دون انقطاع ، وانما يقصد به استمرارها على وجه يتحقق معه وصف الاعتياد ولو تخللتها فترات غيبة وقتية متباعدة أو متقاربة «٣» • فالعبرة اذن في تحديد الموطن تكون بما تدل عليه

---

= المحل ، مع الفرق الواضح في مدلول اللفظين • وعلى ذلك، فلا يقدر في صحة عمل المحضر كون المحل الذى قصده ليجرى فيه اعلان تقرير الطعن بالنقض هو محل عمل المطعون عليه ، لامحل سكنه « ( نقض أول مايو ١٩٤٧ ، مجموعة عمر ، ج ٥ ، رقم ١٩٣ ، ص ٤٢٤ ) •

(١) « ولذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٨ ، ب ٤٠ ص ٢٠٩ بأن « قاعدة وحدة الموطن لا تتعارض مع تعدد موطن التقاضى » ؛ وقضت في مناسبة اخرى ( ١٢ مايو سنة ١٩٣٦ ، ب ٤٨ ، ص ٢٦٤ ) بأن ثمة « محل اقامة يمكن أن يشبه الموطن » ( مذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، الجزء الأول ، ص ٣٤٣ ) •

(٢) المذكرة الايضاحية ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، الموضع السابق •

(٣) المذكرة الايضاحية ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٣٤٢ •



## ظواهر الحال من نية الاستقرار في الإقامة «١» .

وقد رتب المشرع المصرى على هذا التصوير الواقعى للموطن نتائج المنطقية من امكان تعدده وعدم لزومه لكل شخص ، فنص فى المادة ٢/٤٠ من التقنين المدنى على أنه « ... يجوز أن يكون للشخص فى وقت واحد أكثر من موطن ، كما يجوز ألا يكون له موطن ما » . ومن هنا ، فكلما تعددت محال الإقامة المعتادة المستقرة للشخص كلما تعدد موطنه العام ، بحيث يكون له موطن عام فى كل هذه المحال ؛ كشخص متزوج بأكثر من واحدة ويقيم مع كل منهن إقامة معتادة فى مكان منفصل ؛ وكشخص يقيم إقامة معتادة فى الريف وأحدى المدن معا «٢» . وكذلك يتصور انعدام الموطن حيث لا يوجد للشخص محل إقامة معتادة مستقرة «٣» ، كالبدو الرحل الذين لا يقرون فى مكان معين .

١١. انظر نقض ١٦ ديسمبر ١٩٥٤ ، مجموعة المكتب الفنى لأحكام محكمة النقض ، السنة السادسة ، رقم ٤٢ ، ص ٣٣٦ ، حيث يقرر الحكم مايلى : « حددت المادة ٤٠ من القانون المدنى الموطن بأنه هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة ، وهو تصوير واقعى لفكرة الموطن يرتكز على الإقامة الفعلية على نحو من الاستقرار يبلغ أن يكون عادة مع قيام النية على ذلك ، وهو أمر يستقل بتقديره قاضى الموضوع » .

وقارن : عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ١٤٣ .

(٢) المذكرة الايضاحية ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ،

ص ٣٤٢ .

(٣) وإذا كانت هذه النتيجة متفقة مع التصوير الواقعى للموطن ، فان أغلب التشريعات التى تأخذ به تتفادى عواقبها بتقرير اعتبار الموطن حينئذ هو محل الوجود . ولم يقرر المشرع المصرى قاعدة عامة فى هذا الشأن ( انظر فى انتقاده ، عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ١٤٧ . — شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٤٢ ) . ولكن تقنين المرافعات يقرر فى صدد اعلان أوراق المخضرين أنه « اذا كان موطن المعلن اليه غير معلوم ، وجب أن تشمل الورقة على آخر موطن معلوم له فى مصر أو فى الخارج ، وتسلم صورتها الى النيابة ( م ١١/١٤ ) . ويقرر كذلك فى صدد الاختصاص أنه « اذا لم يكن للمدعى عليه موطن ولا سكن فى مصر ، ولم يتيسر تعيين المحكمة المختصة على موجب الأحكام المتقدمة ، يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى أو سكنه . فان لم يكن له موطن ولا سكن ، كان الاختصاص لمحكمة القاهرة ( م ٦٨ ) [ انظر : أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٥ ، فقرة ٢٨٧ وفقرة ٣٣٥ ] .



## ٢٩٥ - الموطن القانونى او الالزامى

واذا كان الأصل أن الشخص هو الذى يحدد بإرادته المكان الذى يسبغ عليه القانون صفة الموطن العام ، فثم استثناء يرد على ذلك ، اذ قد يقوم القانون بتعيين المكان الذى يعتبر موطناً عاماً بالنسبة لبعض أشخاص يلحقهم وصف معين ، فيكون موطنهم قانونياً لا ارادياً لأن القانون ينسب اليهم دون توقف على إرادتهم فى تحديد مكانه ، ويكون الزامياً لا اختيارياً لأن القانون يفرضه عليهم دون اختيارهم .

والموطن القانونى أو الالزامى فى القانون المصرى هو الخاص بعديمى الأهلية وناقصيها بسبب صغر السن ، وبالمحجور عليهم بسبب عوارض الأهلية من جنون وسفه وغفلة ، وبالمفقودين والغائبين ممن تمنعهم ظروف فقدهم وغيبتهم من رعاية شؤونهم ومباشرة التصرفات القانونية لحسابهم ؛ فهؤلاء الأشخاص يفرض لهم القانون — بالنظر الى صغر منهم أو عوارض أهليتهم أو فقدهم أو غيبتهم — موطناً الزامياً هو موطن من ينوب عنهم فى مباشرة التصرفات القانونية من أولياء أو أوصياء أو قوام أو وكلاء . ولذلك تقرر المادة ٤٢/١ من التقنين المدنى أن «موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب ، هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً» .

وواضح أن تحديد الأشخاص الذين يفرض القانون عليهم مثل هذا الموطن الالزامى على هذا النحو ، انما هو تحديد وارد على سبيل الحصر . ولذلك ، فالزوجة اذا لم تكن قاصراً بحيث يفرض عليها موطن الزامى هو موطن وليها أو وصيها ، يتحدد موطنها العام تحديداً ارادياً بمحل اقامتها المعتادة المستقرة . ولما كان الغالب أن تكون هذه الإقامة مع زوجها فى مكان واحد ، فان موطنها يكون حينئذ هو موطنه ، لا باعتباره موطناً الزامياً لها وانما باعتباره هو محل اقامتها المعتادة فعلاً . ولذلك ليس ما يمنع من أن يكون للزوجة موطن مختلف عن موطن الزوج ، اذا كانت اقامتها المعتادة — لسبب من الأسباب



— في غير مكان الإقامة المعتادة لزوجها «١» . وكذلك ليس للخادم موطن الزامى هو موطن مخدمه ، وانما يتحدد موطنه تحديدا اراديا بمحل اقامته المعتادة التى قد تكون — على حسب الأحوال — فى محل مستقل به أو فى نفس مسكن المخدم أو ملحقاته .

وهذا الموطن القانونى أو الالزامى — كما هو ظاهر — موطن حكمى ، اذا لا يعتد القانون فى شأنه بمحل الإقامة المعتادة للقاصر أو المحجور عليه أو المفقود أو الغائب كما يقضى الأصل ، وانما يعتد بموطن من ينوب عنه قانونا أى بمحل الإقامة المعتادة لوليه أو وصيه أو القيم عليه أو وكيله ، وقد يكون غير محل إقامة القاصر أو المحجور ؛ ويكون حتما غير محل إقامة المفقود أو الغائب . وقد راعى المشرع فى ذلك صانع القصر والمحجورين والمفقودين والغائبين ، نظرا لأنهم لا يباشرون شئونهم أو نشاطهم الارادى بأنفسهم ، بل يباشرونها من ينوب عنهم قانونا ، مما يوجب — مواجهة للواقع وتيسيرا للأمور — الاعتداد فيما يخصهم بموطن هذا النائب المتعامل مع الغير باسمهم ولحسابهم .

واذا كان أساس فرض الموطن القانونى أو الالزامى هو انعدام أهلية الشخص أو نقصها أو غيبته أو فقدته ، فان وجوده أو بقاءه مفروضا عليه يكون مرتها اذن بتوافر أو استمرار هذا الأساس . ولذلك ، فحيث يعترف القانون للقاصر أو المحجور بأهلية أداء كاملة فى صدد بعض تصرفات معينة ، تنتفى الحكمة — فى شأن هذه التصرفات وحدها — من فرض الموطن القانونى أو الالزامى ؛ ولذلك سنرى أنه يثبت للقاصر أو المحجور — فى شأنها — موطن خاص يتحدد فى الأصل بمحل اقامته

(١) فى هذا المعنى :

شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فقرة ١١٢ . — عبد الحى حجازى ،  
المرجع السابق ، ص ١٤٩ . عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، فقرة  
٧٦ . — سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٢٦٥ . — عبد المنعم البدر اوى ،  
المرجع السابق ، فقرة ٨٤ .



المعتادة ، بينما يبقى موطنه العام — فيما عداها حيث تكون أهليته منعدمة أو ناقصة — موطننا الزاميا محددًا بمحل إقامة وليه أو وصيه أو القيم عليه . وكذلك اذا زال سبب فرض الموطن القانوني أو الالزامي ، بأن بلغ القاصر سن الرشد ، أو عاد المجنون أو المعتوه أوالسفيه أو ذو الغفلة الى تمام العقل والادراك واستقامة التقدير بزوال ما ألم به من عارض أو ظهر المفقود أو رجع الغائب ؛ فلا تبقى ثم حاجة الى استمرار فرض موطن الزامى له ، اذ تكتمل له أو تعود أهليته لا يعترضها عارض أو يعوقها مانع ، فيتحدد موطنه حينئذ — طبقا للأصل — تحديدا اراديا اختياريا بمحل اقامته المعتادة المستقرة .

## § ٢ — الموطن الخاص

Le domicile spécial

الى جانب الموطن العام الذى يعتبر المقر القانونى للشخص بالنسبة الى نشاطه وأعماله ومعاملاته بوجه عام ، قد يوجد له موطن خاص يكون مقره القانونى بالنسبة الى أوجه نشاط أو أعمال أو معاملات له معينة بالذات وعلى وجه التحديد والتخصيص ، وذلك بقصد التيسير على نفس الشخص أو على المتعاملين معه بشأنها . ونعرض فيما يلى لأهم أنواع الموطن الخاص المقررة فى القانون المصرى .

## ٢٩٦ — الموطن السياسى أو الانتخابى

عنى المشرع فى القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية عناية كبيرة بتحديد الموطن الانتخابى الذى يباشر فيه الناخب حقوقه السياسية ، فجعله فى الأصل نفس موطنه العام ، ولكنه — مراعاة لظروفه من عمل أو أسرة أو مصلحة جديدة — جوز له اختيار موطن خاص بدلا عنه لا يرتهن أو يتحدد بمكان اقامته المعتادة ، اذ نص فى المادة ١١ منه على أن « الموطن الانتخابى هو الجهة التى يقيم فيها الشخص عادة . ومع ذلك ، يجوز أن يختار لقيده اسمه الجهة التى بها محل عمله الرئيسى ، أو التى له بها مصلحة جديدة ، أو مقر عائلته ، ولو لم يكن مقيما فيها . »



وتبين اللائحة التنفيذية الطريقة التي يتم بها هذا الاختيار ومسوعده . -  
وعلى الناخب ، اذا غير موطنه الانتخابي ، أن يعلن هذا التغيير بالطريقة  
التي تعين وفقا للفقرة السابقة « ١ » .

## ٢٩٧ - الموطن التجارى او الحرفى

تنص المادة ٤١ من التقنين المدنى على أن « يعتبر المكان الذى  
يشارك فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنًا بالنسبة إلى إدارة الأعمال  
المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة » . وبمقتضى هذا النص ، يسر المشرع  
المعاملات التجارية أو الحرفية ، فيجعل للتاجر أو صاحب الحرفة  
موطنًا خاصًا بأعمال تجارته أو حرفته وحدها هو مكان مباشرة هذه  
التجارة أو الحرفة ؛ أما ماعدا ذلك من أعماله ومعاملاته ، فيكون الموطن  
في شأنها هو موطنه العام أى محل إقامته المعتادة على ما سبق من بيان .  
ومثل هذا الموطن الخاص قاصر على من يشارك تجارة أو حرفة وفي  
صدد الأعمال المتعلقة بها . ولذلك فمن المسلم أنه لا ينصرف إلى  
الموظفين ، فلا يعتبر المكان الذى يشاركون فيه وظائفهم موطنًا خاصًا  
لهم فيما يتعلق بشئون الوظيفة « ٢ » .

---

(١) وتنص المادة ١٢ من نفس القانون على أن « يعتبر الموطن الانتخابي  
للمصريين المقيمين في الخارج المقيدين في القنصليات المصرية ، في آخر جهة  
كانوا يقيمون فيها عادة في مصر قبل سفرهم . أما المصريون الذين يعملون  
على السفن المصرية ، فيكون موطنهم الانتخابي في الميناء المقيمة به السفينة  
التي يعملون عليها » .

وتنص المادة ١٣ على أن « يعتبر الموطن الانتخابي لأفراد القوات المسلحة  
الموجودين في الخدمة العاملة ، في آخر جهة كانوا يقيمون فيها عادة قبل  
تجنيدهم . أما الضباط ، فيكون موطنهم الانتخابي في مقر عائلاتهم ؛ ومع  
ذلك ، يجوز لهم أن يختاروا - لقيد أسمائهم - الجهات التي لهم فيها  
مصالح جدية » .

(٢) أنظر نقض ٧ فبراير ١٩٥٢ ، مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض ،  
السنة الثالثة ، رقم ٧٦ ، ص ٤٤٤ ، حيث يقرر الحكم أن « موطن الشخص ،  
كما عرفته المادة ٤ من القانون المدنى ، هو المكان الذى يقيم فيه عادة ، ومن  
ثم لا يعتبر المكان الذى يشارك فيه الموظف عمله موطنًا له . وأذن فمتى كان



(٢) تقدير التصويرين : هذان هما التصويران المتقابلان في شأن تحديد الموطن . ورغم ما يحققه التصوير الحكمي من فوائد ثبات الموطن نتيجة عدم تغير مركز الأعمال الا نادرا على خلاف ما يصيب محل السكن والاقامة من تغير مستمر «<sup>١</sup>» ، فظاهر ما في هذا التصوير الحكمي من افتراض وتحايل مخالف للواقع «<sup>٢</sup>» . فضلا عن أن الأخذ به أصبح عسيرا في العصر الحديث الذي كثرت فيه الأعمال وتشعبت وتعددت مراكزها بحيث بات يستعصى في كثير من الأحيان الوقوف على المركز الرئيسي من بينها «<sup>٣</sup>» . ولذلك انتهى التصوير الحكمي الى نتائج غير مقبولة في العمل ؛ بافتراضه وحدة الموطن رغم ما قد يوجد في الواقع من تعدده ، ورغم ما قد يجره هذا الافتراض من التضليل بالغير حسنى النية ؛ وبافتراضه ضرورة الموطن لكل شخص واضطراره في سبيل ذلك الى انكار الواقع والزعم ببقاء الشخص محتفظا بموطنه الأصلي — عند انعدام مركز رئيسي لأعماله — رغم انقطاع كل صلة له به «<sup>٤</sup>» ، ورغم وجود أشخاص كالبوهيمين ليس لهم في الواقع أى نوع كان من الموطن حتى ولا موطن أصلى اكتسبوه عن آبائهم «<sup>٥</sup>» .

أما التصوير الواقعي للموطن ، ورغم عدم ثباته ثبات الموطن في التصوير الحكمي نتيجة ما قد يتعرض له محل الإقامة والسكن من تغير مستمر ، ورغم ما قد يشجع عليه ~~هذا~~ هذا التغير في أى لحظة

---

(١) Mazeaud, op. cit., t. I, No. 569.

(٢) Josserand, op. cit., t. I, No. 236.

(٣) Mazeaud, op. cit., t. I, No. 569.

(٤) Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 669.

(٥) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 140. — Ripert

et Boulanger, op. cit., t. I, No. 923. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 981.



سنة في شأن ما تأذنه المحكمة من مباشرة التجارة «أ» ؛ إلا أنه ينبغي النظر الى هذا النص باعتباره مجرد تطبيق للمبدأ الذي أسلفناه من وجوب تقرير موطن خاص لناقص الأهلية في شأن الأعمال والتصرفات التي يعتبره القانون كامل الأهلية لمباشرتها ، والقياس عليه لتقرير موطن خاص بالتالي في شأن كل الأحوال الأخرى التي تثبت لناقص الأهلية فيها — ولو كان قاصرا لم يبلغ الثامنة عشرة — أهلية أداء داملة في شأن تصرفات معينه ، لأهليه القاصر البالغ السادسة عشرة للتصرف فيما يكسبه من عمله من اجر أو غيره «أ» ( م ٦٣ من قانون الولاية على المال ) ، وأهليه القاصر للتصرف فيما يسلم له او يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ( م ٦١ من قانون الولاية على المال ) ، وأهليه القاصر لأبرام عقد العمل الفردي ( م ٦٢ من قانون الولاية على المال ) . فناقص الأهلية « المأذون من قبل وليه أو المحكمة أو نص القانون ، ( يعتبر ) كامل الأهلية فيما أذن له فيه وفي التقاضي فيه » ( م ٦٤ و ٦٧ من قانون الولاية على المال ) ، فيكون له — في شأنه — موطن خاص غير موطن وليه أو وصيه أو القيم عليه وهو موطنه العام .

## ٢٩٩ - الموطن المختار

يقصد بالموطن المختار ( Le domicile élu ) المحل — غير مكان

الثامنة عشرة من عمره ، وأذن له في تسلم أمواله لإدارتها أو تسلمها بحكم القانون ، كانت أعمال الإدارة الصادره منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون » ( انظر كذلك المواد ٥٤ و ٥٥ و ٥٦ و ٥٨ و ٥٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٥٢ بإحكام الولاية على المال ) .

وتقضى المادة ٦٧ من قانون الولاية على المال بأنه « يجوز للمحجور عليه للسفه أو الغفلة، بأذن من المحكمة، أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها . وفي هذه الحالة تسرى عليه الأحكام التي تسرى في شأن القاصر المأذون » .

(١) تنص المادة ٥٧ من قانون « الولاية على المال » على أنه « لا يجوز للقاصر — سواء كان مشمولا بالولاية أو الوصاية — أن يتجر إلا اذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنته المحكمة في ذلك اذا مطلقا أو مقيدا » .

(٢) في هذا المعنى :

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٦٩ . — عبد الفتاح عبد الباقي ،

المرجع السابق ، فقرة ٨٤ ، ص ١٢٩ .



الاقامة المعتادة «<sup>١</sup>» — الذى تنصرف الارادة الى اختياره لتنفيذ عمل أو تصرف قانونى معين ، بحيث يكون خاصا بهذا العمل أو التصرف وحده ، ويعتبر المقر القانونى للشخص فى شأنه مغنيا بذلك عن موطنه العام . واتخاذ موطن مختار ارادى على هذا النحو ، يستوى أن يكون بالعقد أو بالارادة المنفردة . وقد نص القانون على هذا الموطن الخاص بقوله « يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معين » ( م ٤٣ / ١ مدنى ) .

واتخاذ موطن مختار قد يقصد به تثبيت الموطن طوال المدة التى يستغرقها تنفيذ عمل قانونى دون تأثير بتغير محل اقامة ذوى الشأن ، او تجنب الدائن مشاق وتكاليف اتخاذ اجراءات التنفيذ فى مواجهة مدين مقيم فى مدينة أو قرية بعيدة ، أو تركيز اجراءات التنفيذ فى يد وكيل معين كمحام مثلا .

والأصل أن اتخاذ موطن مختار يكون أمرا جوازا لمن يشاء . غير أنه قد يكون وجوبيا على الشخص فى حالات معينة استثنائية . ومن ذلك ، ما تقضى به المادة ٣٠ من قانون الشهر العقارى من وجوب تعيين الدائن المرتهن ، ومن فى حكمه من الدائنين أصحاب الحقوق العينية التبعية التى يتم شهرها بطريق القيد ، محلا مختارا له فى دائرة المحكمة الواقع فى اختصاصها العقار محل حقه . وكذلك ما تقضى به المادة ٨٤ من تقنين المرافعات من أن « على الخصم الذى لا يكون له وكيل بالبلد الذى

---

(١) هذا هو الأصل . ولكن قد يتخذ الشخص موطننا مختارا له فى نفس موطنه العام تجنبيا مثلا لتغير محل تنفيذ التصرف نتيجة وفاته واحتمال تفرق أو ابتعاد مواطن ورثته ، أو لتصادف وجود موطنه العام فى نفس الدائرة التى يوجب القانون عليه اتخاذ موطن مختار فيها (Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 974. — Planiol, Ripert et Savatierop. cit. t. I, No. 166).

غير أن الواقع أن هذا الفرض لا يناقص الأصل ؛ اذ طالما يظل هذا الموطن المحدد هو نفس الموطن العام فىكون فى حقيقته موطننا عاما لا مختارا ، ولا يتحول الى موطن مختار الا منذ اختلاف مكانه عن مكان الموطن العام بتغيير الشخص محل اقامته أو بوفاته واختلاف محال اقامة ورثته عن محله المحدد .



به مقر المحكمة ، أن يتخذ له موطناً فيه « ١ » .

وضمائنا لاستقرار المعاملات وحسن تنفيذ الأعمال القانونية وحسماً لكل خلاف حول تحديد الموطن المختار ، يستلزم القانون اثبات اختيار هذا الموطن بالكتابة أي كانت قيمة العمل القانوني المختار الموطن لتنفيذه فيه ضئيلة أو تافهة ، اذ ينص على أنه « لا يجوز اثبات وجود الموطن المختار الا بالكتابة » ( م ٤٣ / ٢ مدني ) .

« والموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني يكون هو الموطن بالنسبة الى كل ما يتعلق بهذا العمل بما في ذلك اجراءات التنفيذ الجبري ، الا اذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى » ( م ٤٣ / ٣ ) .

ويستمر الموطن المختار قائماً طالما لم ينته تنفيذ العمل القانوني المتعلق به ، بحيث يظل — على خلاف الموطن العام — موطناً مختاراً ، في شأن تنفيذه ، لورثة الشخص بعد وفاته « ٢ » .

والأصل أنه لا يتأتى العدول عن الموطن المختار أو تغييره قبل تمام تنفيذ العمل القانوني المتعلق به الا بنفس طريق تقريره . فاذا كان مقرراً بمقتضى العقد ، وجب تراضى الطرفين على ذلك ولزمت الكتابة لاثباته . ولكن يجوز لأحد الطرفين الانفراد بتغييره اذا كان اختياره مقرراً لمحض صالحه وحده ، أو لم يكن من شأن هذا التغيير الاضرار بالطرف الآخر ، طالما يتم اعلاله به « ٣ » .

(١) تقضى المادة ١٣ من تقنين المرافعات بأن « من يلزمه القانون بيان موطن مختار له فلا يفعل ، أو يكون بيانه ناقصاً أو غير صحيح ، يجوز اعلانه في قلم الكتاب بجميع الأوراق التي كان يصح اعلانه بها في الموطن المختار . واذا ألفى الخصم موطنه المختار ولم يخبر خصمه بذلك ، صح اعلانه فيه . وتسلم الصورة عند الاقتضاء الى جهة الادارة طبقاً للمادة السابقة » .

(٢) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 173. —

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 972. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 980, p. 1201.

Planiol, Ripert et Savatier; Ripert et Boulanger, ibid. (٣)



## المبحث الثالث

### النشاط الارادى للشخصية

#### او اهلية الأداء ((١))

#### ٣٠٠ - تعريف اهلية الأداء

اذا كانت الشخصية ثابتة لكل انسان - على ما رأينا - بحيث يكون صالحا لأن يكون صاحباً للحق أو الالتزام ، الا ان توليد الحق والالتزام ومباشرة أو أدائه وانتاج الآثار القانونية بوجه عام في ذمة الشخص ، قد لايتأتى في بعض الأحوال الا نتيجة نشاط ارادى من جانبه وقدرة معينة من التمييز عنده أى نتيجة توافره على أهلية الأداء (La capacité d'exercice)

فأهلية الأداء اذن هى قدرة الشخص على التعبير بنفسه عن ارادته تعبيراً منتجاً لآثاره القانونية في حقه وذمته ، أو قدرته الارادية على

#### (١) راجع في ذلك :

أحمد ابراهيم ، الأهلية وعوارضها والولاية في الشرع الاسلامى ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الاولى ، ص ٢٥٢ وما بعدها . - محمود سعد الدين الشريف ، الولاية على مال القاصر في القانون المصرى ، رساله ، القاهرة ، ١٩٤١ .

عبد الرزاق أحمد السنهورى ، نظرية العقد ، ١٩٣٤ ، فقرات ٣٢٠-٣٣٧ ؛ الوسيط ، ج ١ ، فقرات ١٤٦-١٦٠ . - شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فقرات ٨١-١٠٥ . عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ١٠٤-١٢٤ . - سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرات ٢٢٤-٢٤٩ . - عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ، فقرات ٨٣-١٠٥ . - شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٤٦-٨٨ . - محمد سامى مذكور ، المرجع السابق ، ص ٨١-١١٢ . - أحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرات ١٣٧-١٥٥ . - أنور سلطان ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرات ٦٠-٧٥ . - جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، ص ١٢٠-١٥٢ . - عبد المنعم البدرأوى ، المرجع السابق ، فقرات ٩٠-١٢٣ . - عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرات ٥٥-٧٤ . - اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٨ ، ص ١٨٧-٢١٧ .



اتجاج الآثار القانونية في حق نفسه ؛ أو هي - بإيجاز - قدرته على إجراء التصرفات القانونية لحساب نفسه . وهذا التعريف يتيح تحديد نطاق أهلية الأداء ومناطها على السواء .

### ٣٠١ - نطاق أهلية الأداء

إذا كانت أهلية الأداء هي قدرة الشخص على التعبير بنفسه عن إرادته تعبيرا منتجا آثاره القانونية في حقه وذمته ، فمعنى ذلك تحديد نطاق أهلية الأداء بالتصرفات القانونية وحدها وهو ما يوجب إخراج الوقائع القانونية من هذا النطاق ، وبالتصرفات القانونية التي يباشرها الشخص لحسابه لا لحساب غيره وهو ما يوجب التمييز بين أهلية الأداء والولاية على المال .

#### ( ١ ) اقتصار أهلية الأداء على التصرفات القانونية :

مادامت أهلية الأداء هي صلاحية أو قدرة إرادية على اتجاج أو توليد آثار قانونية ، فلا بد أن يتحدد نطاقها اذن بالأعمال الإرادية لا بالأعمال المادية ، أي بالتصرفات القانونية وحدها دون الوقائع القانونية « ١ » . فالتصرفات القانونية - كما سنرى - هي إرادة محضة متجهة الى أحداث أثر قانوني معين ، بحيث يترتب هذا الأثر ويتحدد بالإرادة مباشرة . أما الوقائع القانونية ، فليست إلا أعمالا مادية يترتب القانون وحده عليها - حتى ولو كانت اختيارية - أثرا قانونيا معينا .

---

(١) وإلى ذلك يذهب جمهور فقهاء القانون المصري ، انظر :

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، هامش (١) ص ٢٦٩ . -  
عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، فقرة ٨٤ . - سليمان مرقس ،  
المرجع السابق ، فقرة ٢٤٤ . - اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٨٧  
و ١٨٨ . - عبد المنعم البدرأوى ، المرجع السابق ، فقرة ٩١ . - عبد  
الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ٥٩ .

وانظر كذلك في هذا المعنى في الفقه الفرنسي :

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 795, 796.



ومادامت الآثار القانونية تترتب بإرادة الشخص مباشرة في التصرفات القانونية ، ولا تترتب الا بالقانون نفسه في الوقائع القانونية دون اعتداد بوجود الارادة أو عدم وجودها ، فان قدرة الشخص على النشاط الارادى الذى تعبر عنه أهلية الأداء ، لا تتصور اذن الا في التصرفات القانونية حيث يكون للشخص سلطة توليد الآثار القانونية بإرادته مباشرة . أما حيث يتعلق الأمر بوقائع قانونية أو أعمال مادية صادرة عن الشخص ، فلا يتصور القول بوجود أهلية أداء له في شأنها ؛ ذلك أن أهلية الأداء تقتضى — على أى نحو فهم مدلولها — وجود صلاحية أو قدرة معينة لدى الشخص على توليد الآثار القانونية بنفسه ، وليست للشخص مثل هذه الصلاحية أو القدرة في شأن أعماله المادية ، اذ ليس قيامه بها — حتى ولو كان اختياريا — هو الذى يولد بذاته الآثار القانونية عليها ، بل الذى يولد هذه الآثار هو القانون نفسه دون اعتداد باختياره وإرادته ؛ فان كانت ثمة قدرة على توليد الآثار القانونية بشأن أعمال الشخص المادية ، فهي في الواقع قدرة القانون لا قدرة الشخص أو أهليته .

ولذلك يكون من التجوز ما يذهب اليه بعض الفقهاء «<sup>١</sup>» من بسط أهلية الأداء كذلك على الأعمال المادية ؛ والقول بأهلية الصبي المميز للالتزام بالعمل غير المشروع ، استنادا الى ما تقرره المادة ١٦٤/١ من التقنين المدنى من أنه « يكون الشخص مسئولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز » ؛ أو القول بأهلية الصبي غير المميز للالتزام الناشئ عن الاثراء دون سبب ، استنادا الى ما تقرره المادة ١٧٩ من التقنين المدنى من أن « كل شخص ، ولو غير مميز ، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر ، يلتزم في حدود ما أثرى به بتعويض

---

(١) شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فقرة ٨٢ . — شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٤٩ — ٥٢ .



هذا الشخص عما لحقه من خسارة. لم يبق هذا الاثراء قائما ولو زال الاثراء فيما بعد » . ذلك أن هذا الالتزام أو ذاك ، لم تولده في حق الصبي المميز أو غير المميز قدرته أو ارادته حتى يمكن القول بتوافر أهلية الأداء عنده في شأنه ، وانما ولده في حقه القانون نفسه ، لأنه التزام ناشئ عن واقعة قانونية هي واقعة الفعل الضار أو الفعل النافع ، ولا قدرة للأشخاص بأنفسهم على توليد حقوق والتزامات أو آثار قانونية بوجه عام من الوقائع القانونية أو الأعمال المادية . فضلا عن أن القانون بذلك انما يحدد أساسا مدى أهلية وجوب الصغير المميز أو غير المميز « ١ » — على حسب الأحوال — من حيث الضيق أو الاتساع للالتزام الناشئ عن الفعل الضار أو الفعل النافع ، ولا شأن لذلك بأهلية أدائه ؛ فالأمر اذن هو أمر وجوب هذا الالتزام أو عدم وجوبه عليه ، لا أمر قدرته على توليده أو أدائه بنفسه .

(٢) التمييز بين أهلية الأداء والولاية : اذا كانت أهلية الأداء تعنى صلاحية الشخص أو قدرته على التعبير عن ارادته تعبيرا منتجاً آثاره القانونية ، فهي تعنى هذه الصلاحية أو القدرة من حيث اتساع الآثار القانونية لحساب نفس الشخص لا لحساب غيره من الأشخاص ؛ وهذا هو الفصل بين أهلية الأداء وبين الولاية عموما أو على وجه الخصوص الولاية على المال . فالولاية انما تعنى سلطة لشخص على نفس أو مال شخص آخر عديم أهلية الأداء أو ناقصها أساسا ، بمقتضاها يقوم من له الولاية بتصرفات قانونية تنتج أثرها في حق أو مال المولى عليه . فالولاية اذن انما تفترض عدم قدرة المولى عليه على القيام بنفسه ولحسابه بالتصرفات القانونية نظرا لانعدام أو نقص أهلية أدائه أو وجود مانع من مباشرته اياها ، مما يوجب تغطية هذا العجز من جانبه بالتولية عليه ، بحيث تثبت للمولى سلطة القيام — بدلا عنه ولحسابه — بما يعجز عن القيام

(١) في هذا المعنى :

عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ٥٩ ، ص ٨٤ .



به من تصرفات قانونية بحيث تصرف اليه آثارها كما لو كان هو الذي أجراها .

### ٣٠٢ - مناط اهلية الأداء

إذا كانت أهلية الأداء هي قدرة الشخص على التعبير بنفسه ولحسابه عن ارادته تعبيراً منتجاً لآثاره القانونية ، فمقتضى ذلك وجوب توافر ارادة واعية بصيرة بما تتجه الى احداثه من أثر قانوني ، وهو ما يتطلب كامل الادراك والتمييز عند الشخص ؛ ولذلك يكون مناط أهلية الأداء هو كمال التمييز والارادة .

وتحديد مناط أهلية الأداء على هذا النحو ، لا يجعل الناس متساوين فيها لاستحالة تساويهم في كمال التمييز والارادة وهو مناطها . ولذلك تتراوح أهلية الأداء عند الأشخاص الطبيعيين بين الانعدام والنقصان والكمال تبعاً لانعدام أو تقص أو اكتمال التمييز والارادة عند كل منهم . فلا تكون للفرد أهلية أداء كاملة الا اذا كان كامل التمييز والارادة ؛ أما اذا كان ناقص التمييز والارادة أو عديمهما ، فهو ناقص أهلية الأداء أو عديمها .

وإذا أردنا أن نربط بين أهلية الأداء وأهلية الوجوب والشخصية من حيث ثبوتها للإنسان ، لوجب القول بأن كل انسان تثبت له الشخصية ، ويكون له بمقتضى الشخصية حد أدنى من أهلية الوجوب ، فلا يتصور انسان دون أهلية وجوب ولو قاصرة أو محدودة ؛ ولكن ثبوت الشخصية وأهلية الوجوب له أيا كان مداها ، لا يحتم الاعتراف له بأهلية أداء ، لأن مناطها التمييز وقد يكون منعدماً عنده .

وتحديد مناط أهلية الأداء على هذا النحو ، يتيح كذلك تمييز أهلية الأداء عما قد يشبه بها من أوضاع تتعلق بعدم قابلية بعض الأموال للتصرف كالأموال العامة وأموال الوقف ، أو بمنع التصرف



في بعض الأموال بمقتضى شرط ارادى صحيح ؛ أو بحرمان بعض الأشخاص من التعامل أو التعاقد على أشياء معينة ، كحرمان القضاة وأعضاء النيابة والمحامين وكتبه المحاكم والمحضرين من شراء الحقوق المتنازع فيها اذا كان النظر في النزاع داخلا في اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها ( م ٤٧١ مدنى ) ، وكحرمان النائب من التعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه بشرائه مثلا لنفسه الشيء المنوط به بيعه بموجب هذه النيابة ( م ١٠٨ و ٤٧٩ مدنى ) . فكل هذه الأوضاع لاشان لها بأهلية الأداء ، لأنها لا تترتب على انعدام أو نقصان التمييز عند الأشخاص « ١ » . وانما تترتب هذه الأوضاع لأسباب أخرى بعيدة عن التمييز وعن أهلية الأداء ، كحماية تخصيص معين لبعض الأموال يقتضى منع التصرف فيها مثل التخصيص لمنفعة عامة أو لغرض من أغراض البر التى لا تنقطع أو لضمان تحقيق مصلحة مشروعة مدة معينة من الزمان ؛ أو كتنزيه القضاء وصيانة سمعته وتأكيد حيده ؛ أو كحماية الأصل من تحيز النائب اذا انفرد بالتعاقد باسمه مع نفسه .

واذا تحددت أهلية الأداء على هذا النحو من حيث النطاق والمناط ، فينبغى أن نعرض لأحكامها ، ثم لأحكام ما يكملها - عند الانعدام أو النقص أو المانع - من الولاية على المال .

---

(١) انظر فى التمييز بين أهلية الاداء وهذه الأوضاع :

عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ١٤٧ . - شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فقرة ٨٣ ، ص ٧٢ . - عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، فقرة ٨٦ . - محمد سامى مذكور ، المرجع السابق ، ص ٨٦ و ٨٧ . - عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرته .



## المطلب الاول

### احكام اهلية الاداء

#### ٣٠٣ - انواع التصرفات القانونية التي ترد عليها الاهلية

اذا كانت اهلية الاداء هي قدرة الشخص على التعبير بنفسه عن ارادته تعبيراً منتجاً لآثاره القانونية في حقه ، فمعنى ذلك قدرته على أن يجرى بنفسه ولحسابه التصرفات القانونية كلها بأنواعها المختلفة ؛ وهو ما يقتضى بيان هذه الأنواع من حيث تعلقها بأهلية الاداء وأهميتها لها . والقانون يقسمها - من هذا الوجه - أنواعاً ثلاثة : تصرفات نافعة نفعاً محضاً ، وتصرفات ضارة ضرراً محضاً ، وتصرفات دائرة بين النفع والضرر . أما التصرفات النافعة نفعاً محضاً ، فهي تلك التي ترتب اغتناء من يباشرها دون مقابل يعطيه ، كقبول الهبة . وأما التصرفات الضارة ضرراً محضاً ، فهي تلك التي ترتب افتقار من يباشرها دون مقابل يأخذه ، كالإيهاب والإيضاء . وأما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فهي تلك التي لا ترتب لمن يباشرها اغتناء محضاً ولا افتقاراً محضاً لأنها قائمة على تقابل بين أخذ وعطاء فتحتل بطبيعتها الكسب كما تحتل الخسارة «<sup>١</sup>» ؛ ويدخل تحت هذا النوع من التصرفات ما يسمى بأعمال التصرف التي ترمى إلى التصرف في ذات الشيء كالبيع ، وما يسمى بأعمال الإدارة وهي التي ترمى في الأصل إلى مجرد استغلال الشيء كالإيجار والتصرف في غلته أو ريعه .

فاذا كان الشخص كامل أهلية الاداء ، ثبتت له قدرة مباشرة هذه التصرفات بأنواعها الثلاثة . وإذا كان عديم الأهلية ، امتنع عليه مطلقاً مباشرة أى نوع منها . وإذا كان ناقص الأهلية ، جاز له مباشرة النافع

---

(١) تكون العبرة بطبيعة التصرف لآبنتيجته . ولذلك فمهما حقق التصرف من كسب لمن يباشره ، يظل - رغم ذلك - تصرفاً دائراً بين النفع والضرر ، مادام أنه بطبيعته محتمل الكسب والخسارة على السواء .



منها ثلعا محضا ، وامتنع عليه مطلقا مباشرة الضار ضررا محضا ، وتوقفت مباشرته الدائر بين النفع والضرر منها وصحته على اذن أو اجازة من له الولاية عليه أو المحكمة على حسب الأحوال .

#### ٣٠٤ - منهج البحث

إذا كان مناط أهلية الأداء التمييز ، فمقتضى ذلك تدرجها مع تدرج التمييز في الانسان تبعا للسن ، وتأثرها - حتى بعد كمال التمييز والرشد - بما قد يعترض التمييز من عوارض تعدمه أو تنقص منه . وإذا اكتمل التمييز للانسان دون عارض يعترضه ، فتكون له أهلية أداء كاملة ، ولكن قد يعوقه أحد الموانع عن مباشرتها . فنعرض لأحكام الأهلية اذن في تدرجها بتدرج السن، وفي عوارضها، ثم في موانعها .

#### § ١ - تدرج الأهلية بتدرج السن

لما كان مناط أهلية الأداء التمييز ، وكان التمييز متدرجا عند الانسان تبعا للسن ، فإن أهلية الأداء تتدرج اذن تبعا للتمييز والسن من الانعدام الى النقص الى الكمال . فتكون منعدمة فيما دون السابعة وهى سن ابتداء التمييز ، وتصبح ناقصة فيما بين سن السابعة والحادية والعشرين أى فيما بين سن ابتداء التمييز وسن اكتماله أو سن الرشد ، ثم تصير كاملة منذ بلوغ الحادية والعشرين أى منذ اكتمال التمييز والرشد . فنعرض اذن لانعدام الأهلية ، ثم لنقصها ، ثم لكمالها .

#### ٣٠٥ - انعدام الأهلية

قلنا ان أهلية الأداء مناطها التمييز ، والتمييز منعدم تماما عند من لم يبلغ السابعة وهو من يعرف عادة لذلك باسم الصبي غير المميز، فتكون أهلية الأداء عنده منعدمة انعدامًا تاما . وقد نصت على ذلك المادة ٤٥ من التقنين المدنى بقولها « ١ - لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن ٠٠ - ٢ - وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدًا للتمييز » .



ومعنى انعدام أهلية الأداء عند الصبي غير المميز ، انعدام قدرته على اجراء أى نوع من أنواع التصرفات القانونية حتى ما كان منها نافعا له نفعا محضا كقبول الهبة ، اذ قوام التصرفات القانونية هو الارادة ، ولا ارادة عند من لم يبلغ السابعة من عمره . وبذلك تعتبر جميع تصرفاته القانونية باطلة لا يرتب القانون عليها أى أثر . وقد نصت على ذلك المادة ١١٠ من التقنين المدنى بقولها « ليس للصغير غير المميز حق التصرف فى ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة » .

والمقصود ببطلان جميع تصرفات الصبي غير المميز، بطلانها بطلانا مطلقا أى اعتبارها منعدمة كأن لم تكن ، بحيث يكون لكل ذى مصلحة — سواء كان هو نفس الصغير بعد اكتمال أهليته، أو الولي أو الوصى أو من تعاقد مع الصغير غير المميز — التمسك بالبطلان ، ويجب على المحكمة القضاء بالبطلان من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك به أحد من ذوى الشأن ، وتظل هذه التصرفات باطلة لا تصححها أية اجازة لاحقة من الصغير بعد اكتمال أهليته أو من الولي أو الوصى . فهذه الآثار للبطلان المطلق بوجه عام منصوص عليها فى المادة ١٤١/١ من التقنين المدنى ، اذ تقضى بأنه « اذا كان العقد باطلا جاز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، ولا يزول البطلان بالاجازة » .

### ٣٠٦ - نقص الأهلية

تكون الأهلية ناقصة أى لامنعدمة تماما ولا مكتملة تماما ، فيما بين سن ابتداء التمييز وسن اكتماله أو سن الرشد ، أى فيما بين السابعة والحادية والعشرين ، اذ يكون التمييز فى هذا الدور من الحياة وسطا بين الانعدام والاكتمال ؛ فيكون الصبي المميز اذن — وهو من يكون بين هذين السنين — ناقص الأهلية . وعلى ذلك تنص المادة ٤٦ من التقنين المدنى بقولها : « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد .



يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون » . وقد بين القانون حكم القواعد العامة في هذا الشأن ، ولكنه ترخص في الخروج عليها في أحوال معينة .

١ - حكم القواعد العامة : الصبي المميز ناقص الأهلية بمعنى أنه ليست له أهلية أداء الا في صدد بعض التصرفات دون البعض الآخر « ١ » .

(١) يعترض بعض الفقهاء على اصطلاح « نقص الأهلية » و « ناقص أهلية » ، اذ يرون أن أهلية الاداء صفة نسبية يجب ان ينظر فيها الى كل تصرف قانوني على حده ، فتعدد أهلية أداء الشخص بقدر عدد التصرفات القانونية ، بحيث يكون من الخطا اذن تعميم حكمها والقول خاصة بنقصها في شأن كل هذه الاعمال دون تمييز . فوصف الصبي المميز ومن في حكمه بأنه ناقص الأهلية يخالف الواقع من أنه تام الأهلية بالنسبة الى التصرفات النافعة له نفعاً محضاً ، ومعدوم الأهلية بالنسبة الى التصرفات الضارة به ضرراً محضاً ، ولا يكون محدود الأهلية او ناقصها بالمعنى الدقيق الا بالنسبة الى التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ( سليمان مرقس ، المرجع السابق ، هامش (٢) ، ص ٣٨٦-٣٨٨ ) .

وتصوير الصبي المميز ومن في حكمه على هذا النحو تصوير صحيح ، ولكنه لا يتعارض مع وصفه بنقص الأهلية او يجعل هذا الوصف غير دقيق او منطقي . ذلك ان نقسم الاشخاص الى عديمي أهلية وناقصيها وكامليها انما ينظر فيه الى تحديد أهلية كل شخص بصفة عامة بالنسبة الى باقي الاشخاص وفي شأن التصرفات القانونية في مجموعها دون تمييز بين انواعها ؛ فيكون كامل الأهلية من يملك مباشرتها جميعاً ، وعديم الأهلية من لا يملك هذه المباشرة اطلاقاً ، وناقصها من يملك مباشرة بعضها دون بعض . والواقع ان هذا التقسيم هو التقسيم العام والرئيسي ، وهو الذي يجري عليه نفس المشرع حين يذكر أن « كل شخص بلغ سن الرشد ... يكون كامل الأهلية » ( م ١/٢٤ مدني ) ، وأنه « لا يكون اهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقده التمييز ... » ( م ١/٤٥ مدني ) ، وأن « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفياً او ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون » .

ولكن اذا كان هذا التقسيم هو التقسيم العام الرئيسي ، فلا بأس من ادراج تقسيم آخر خاص فرعي تحته ينظر فيه الى كل تصرف من التصرفات القانونية على حده ومدى أهلية أداء الشخص في شأنه ؛ وهو ما تبين أهميته بجلاء في شأن ناقص الأهلية عموماً الذي تتفاوت أهليته بتفاوت انواع التصرفات ، فيكون عديم الأهلية بالنسبة الى التصرفات الضارة ضرراً محضاً ، وكامل الأهلية بالنسبة الى التصرفات النافعة نفعاً محضاً ، ومحدود الأهلية او ناقصها بالنسبة الى التصرفات الدائرة بين النفع والضرر . فهذا التقسيم الخاص لا يتعارض مع التقسيم العام بل هو مندرج تحته .



وتقضى القواعد العامة في هذا الشأن بأنه يعتبر كامل الأهلية تماما —  
 كمن بلغ سن الرشد — فيما يتعلق بالتصرفات النافعة له نفعا محضا ،  
 فتصدر عنه صحيحة • وعلى العكس من ذلك ، يعتبر عديم الأهلية —  
 كالصبي غير المميز — فيما يتعلق بالتصرفات الضارة به ضررا محضا ،  
 فتقع باطلة بطلانا مطلقا لاتصححها أية اجازة ( م ١١١ / ١ مدنى ) •

أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فالأصل أنه ليس للصبي  
 المميز مباشرتها بنفسه ، وانما يباشرها عنه الولي أو الوصى • فان باشر  
 الصبي المميز هذه التصرفات بنفسه ، لم تكن صحيحة تماما ولا باطلة  
 بطلانا مطلقا ، وانما تعتبر باطلة بطلانا نسبيا لمصلحة الصبي المميز  
 نفسه ؛ بمعنى أنها تكون صحيحة ولكن يمكن أن يطلب ابطالها من له  
 الحق في ذلك ، أى اما الولي أو الوصى واما الصبي المميز بعد بلوغه سن  
 الرشد « ١ » ؛ فاذا قضى بابطال هذه التصرفات، اعتبرت كأن لم

---

(١) لما كان ابطال تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر  
 مقصودا به حمايته ، فالأصل أنه ليس للطرف الآخر — سواء كان عالما او  
 جاهلا بنقص الأهلية — طلب الابطال بناء على هذا النقص • ولكن يبدو أنه ليس  
 من حق القاصر فرض تصرفات قانونيه على الغير لاشاركه فيها مختارا ،  
 فحينئذ يكون جائزا تخويل الغير طلب الابطال كذلك •

انظر في هذا المعنى : نقض ١٤ ديسمبر ١٩٥٠ ، مجموعة المكتب الفنى  
 لاحكام النقض ، السنة الثانية ، رقم ٣١ ، ص ١٦٢ ، حيث يقرر الحكم ان  
 « ... الأصل في التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر وكذلك الاجراءات  
 القضائية المتعلقة بها التى يباشرها ناقص الأهلية او يباشرها عنه  
 نائبه الذى ينقصه الاذن في مباشرتها ، الأصل فيها هو الصحة مالم يقض  
 بابطالها لمصلحة ناقص الأهلية دون الطرف الآخر • ولكن لما كان الوضع  
 يختلف في الاجراءات القضائية عنه في التصرفات من ناحية ان الطرف الآخر  
 يشاركه في التصرفات مختارا في حين أنه يخضع للاجراءات القضائية على  
 غير ارادته • ومن المسلم أن له مصلحة في الايتحمل اجراءات مشوبة وغير  
 حاسمة للخصومة ، فانه يجوز له استثناء في سبيل حماية هذه المصلحة  
 وبالقدر الذى تستلزمه هذه الحماية أن يدفع بعدم قبول الدعوى او بعدم السير  
 فيها • الا أنه لما كانت المصلحة هي مناط الدفع كما هي مناط الدعوى ،  
 فانه لايجوز للمدعى عليه أن يتمسك بالدفع المذكور متى زال العيب الذى شاب  
 تمثيل ناقص الأهلية ، اذ بزواله تصبح اجراءات التقاضى صحيحة ومنتجة »



تكن « ١ » . ولكن اذا أجاز هذه التصرفات من له حق اجازتها، أى المحكمة أو الولي أو الوصى أو الصبي المميز نفسه بعد بلوغه سن الرشد « ٢ » ، تأكدت صحة هذه التصرفات نهائيا وامتنع طلب ابطالها بعد ذلك . وقد نصت المادة ٢/١١١ من التقنين المدني على حكم مباشرة الصبي المميز لهذه التصرفات بقولها : « أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر « ٣ » ، ويزول حق التمسك بالإبطال اذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد ، أو اذا صدرت الاجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون » .

٢ - الخروج على حكم القواعد العامة : ذلك هو حكم القواعد العامة في مدى أهلية الصبي المميز أو القاصر لمباشرة التصرفات القانونية . غير أن المشرع قد خرج على هذا الحكم في حالات استثنائية أوردها على سبيل الحصر ، نعرض لها فيما يلي :

(١) تنص المادة ٦١ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال ، على أن « للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط » . وبذلك تصبح للصبي

---

أثره في حق الخصمين على السواء ، وفي السير فيها بعد زوال العيب المذكور اجازة لما سبق منها ؛ ومن ثم تنتفي كل مصلحة للمدعى عليه في الطعن عليها ، وبذلك تعتبر صحيحة منذ بدايتها لانه لم يعد يرد عليها من أي الطرفين طعن مقبول » .

(١) ومعنى ذلك في الأصل إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فان كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض مقابل . ولكن خروجنا على هذا الأصل لا يلزم ناقص الأهلية - اذا قضى بالإبطال لنقص أهليته - أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد ( م ١٤٢ مدني ) .

(٢) ولكن يسقط حق الصبي المميز في طلب الإبطال اذا لم يتمسك به خلال ثلاث سنوات من هذا البلوغ الذي أزال نقص أهليته ( م ١٤٠ مدني ) .

(٣) اذا كان للقاصر أو ناقص الأهلية دائما ان يطالب بالإبطال ، فان ذلك لا يعفيه من الالتزام بالتعويض اذا كان قد لجأ الى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته ( م ١١٩ مدني ) .



المميز مطلقا ومنذ بلوغ السابعة أهلية أداء كاملة «١» فيما يتعلق بالتصرف في أموال نفقته دون توقف على اجازة أحد . ولكن المشرع راعى مصلحته بأن قرر له ذمة خاصة بأغراض نفقته الى جوار ذمته العامة ، بحيث لا تكون الديون المتعلقة بهذه الأغراض مضمونة الا في حدود المال المخصص لها ، فلا تكون مضمونة بأموال ذمته العامة .

(٢) تنص المادة ٦٢ من قانون الولاية على المال على أن « للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردي وفقا لاحكام القانون . . . » والقانون انما يقصد بذلك الاعتراف للقاصر منذ بلوغه السابعة بأهلية أداء كاملة في إبرام عقد العمل بوصفه عاملا ، لا بوصفه رب عمل ، لان ذلك يقتضى ان تكون له سلطة ادارة أمواله او بعضها وهو ما لا يتحقق قبل السادسة عشرة «١» . وهو يستهدف من ذلك تأكيد حرية الصغار في العمل واختيار نوعه دون أن يجبروا عليه من قبل الولي أو الوصي ، ماداموا قد بلغوا سن بدء التمييز وهي السابعة . ولكن مقابل هذه الحرية الكبيرة المعطاة للقاصر للتعاقد كعامل ، جعل المشرع للمحكمة حق التعقيب على استعماله لها . بأن أعطاها سلطة خطيرة في انهاء ما أبرمه القاصر من مثل هذا العقد اذا كان في الانهاء مصلحة جدية للقاصر أو مصلحة أخرى ظاهرة ، بأن كانت صحته مثلا لا تحتل مشاق العمل أو كان من مصلحته توجيهه توجيهها آخر الى احتراف مهنة أخرى أو اكمال تعليمه بما يتيح له مستقبلا اوسع ويضمن له مركزا أفضل . ولذلك تمضي المادة ٦٢ من قانون الولاية على المال فتقرر أن « . . . للمحكمة ، بناء على طلب الوصي أو ذي شأن ، انهاء العقد رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبله أو لمصلحة أخرى ظاهرة » . وواضح أن قرار المحكمة بانهاء مثل هذا العقد لا يعنى ابطاله ، فقد عقد

(١) قارن مع ذلك :

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ١٩٥٨ ، ص ١٩٢ .

(٢) في هذا المعنى :

محمد حلمي مراد ، قانون العمل ، الطبعة الثانية ١٩٥٤ ، فقرة ١٩٢

ولقرة ١٩٣ .



صحيحاً من شخص يعترف له المشرع — رغم قصره — بأهلية كاملة في إبرام عقد العمل الفردي ؛ ولذلك لا تنصرف آثار هذا الانهاء الى الماضي وانما الى المستقبل وحده .

(٣) تنص المادة ٦٣/١ من قانون الولاية على المال ، على أن « يكون القاصر الذي بلغ السادسة عشرة أهلاً للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذي يكسبه من مهنته أو صناعته » . وبذلك تصبح للقاصر بقوة القانون اذا بلغ السادسة عشرة أهلية أداء كاملة فيما يتعلق بالتصرف في الأجر أو المرتب الذي يحصل عليه من وراء عمله الخاص « ١ » ، فيكون تصرفه في هذا الشأن صحيحاً غير متوقف على اجازة أحد . غير أن المشرع — وقد دفعته الى تقرير أهلية أداء كاملة لمثل هذا القاصر الرغبة في تشجيعه على العمل للتكسب من ورائه — لم يغفل مراعاة مصلحته، فقرر أن التزاماته في هذا الشأن لا يتعدى أثرها حدود كسبه ؛ وبذلك جعل له ذمة خاصة بكسبه الى جوار ذمته العامة .

وكذلك لم يغفل المشرع ما قد يندفع اليه مثل هذا القاصر من اساءة التصرف في كسب عمله ، فجعل للمحكمة سلطة الحد من أهليته في هذا الشأن ، اذ تقرر المادة ٦٣/٢ أنه « ... للمحكمة ، اذا اقتضت المصلحة ، أن تقيّد حق القاصر في ماله المذكور ، وعندئذ تجرى أحكام الولاية والوصاية » .

(١) انظر مع ذلك ما تقرره المادة السادسة من قانون عقد العمل الفردي من أن « على صاحب العمل أن يسلم الى العمال القصر أنفسهم اذا بلغوا أربعة عشر عاماً أجورهم ومكافآتهم وغير ذلك مما يستحقون بمقتضى أحكام هذا القانون ، ويكون هذا التسليم مبرئاً لدمته » ؛ فقد كان من الواجب ، مراعاة للتناسق بين أحكام التشريع ، ألا يسلم رب العمل الأجر — بما يبرىء ذمته — الا للعمال القصر ذوي أهلية التصرف الكاملة فيما يحصلون عليه من أجر وهم من يبلغون السادسة عشرة على الأقل .



(٤) تنص المادة ١١٢ من التقنين المدني على أنه « اذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره ، وأذن له في تسلم أمواله لإدارتها ، أو تسلمها بحكم القانون ، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون » . وبمقتضى هذا النص تكون للصبي المميز البالغ الثامنة عشرة أهلية أداء كاملة فيما يتعلق بأعمال الإدارة وحدها دون أعمال التصرف ، ولكن في حدود ما يقرره القانون ، وبشرط أن يؤذن لهذا القاصر في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ممن يملك هذا الاذن ، أى من الولى بإشهاد لدى الموثق ( م ٥٤ من قانون الولاية على المال ) ، أو من المحكمة بعد سماع أقوال الوصى « ١ » ، ( م ٥٥ من قانون الولاية على المال ) .

غير أن أهلية أداء القاصر المأذون في شأن أعمال الإدارة ليست بالمطلقة ، فالمادة ٥٦ من قانون الولاية على المال تقضى بأن « للقاصر المأذون أن يباشر أعمال الإدارة وله أن يفى ويستوفى الديون المترتبة على هذه الأعمال ، ولكن لا يجوز له أن يؤجر الأراضي الزراعية والمباني لمدة تزيد على سنة « ٢ » . ولا أن يفى الديون الأخرى ولو كانت ثابتة بحكم واجب النفاذ أو سند تنفيذى آخر إلا باذن خاص من المحكمة أو من الوصى فيما يملكه من ذلك . ولا يجوز للقاصر أن يتصرف في صافي دخله « ٣ » إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانونا » .

---

(١) اذا رفضت المحكمة الاذن ، فلا يجوز تجديد طلبه قبل مضي سنة من تاريخ صدور القرار النهائي بالرفض ( م ٥٥ ) .

(٢) لا يملك القاصر المأذون اليوم سلطة تأجير الأراضي الزراعية إلا باذن من المحكمة أو الوصى ، فقد نصت المادة ٣٥ من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالاصلاح الزراعى على أنه « لا يجوز أن تقل مدة إيجار الأرض عن ثلاث سنوات » ، وهى مدة لا يملك القاصر المأذون التأجير لها كما سبق البيان .

(٣) ويخرج عن ذلك دخله من عمله اذ ثبت له منذ بلوغه السادسة عشرة - كما سبق البيان - أهلية التصرف الكاملة فيه ( فى هذا المعنى : عبد المنعم البدر اوى ، المرجع السابق ، ص ١٥٦ وهامشي (١) منها ) .



ويخضع القاصر المأذون له في الإدارة — فضلا عن ذلك — لرقابة المحكمة ، اذ عليه أن يقدم حسابا سنويا يؤخذ عند النظر فيه رأى الوصى . ويجوز للمحكمة — من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة أو أحد ذوى الشأن — أن تحد من الاذن المعطى للقاصر أو تسلبه اياه بعد سماع أقواله ، اذا قصر في تقديم الحساب السنوى أو أساء التصرف في ادارته أو قامت أسباب يخشى معها من بقاء الأموال في يده ( م ٥٨ و ٥٩ من قانون الولاية على المال ) .

ويجوز للولى كذلك — اذا كان هو الذى أذن للقاصر في تسلم كل أمواله أو بعضها لادارتها — أن يسحب هذا الاذن أو يحد منه بإشهاد لدى الموثق ( م ٥٤ من قانون الولاية على المال ) .

(٥) تنص المادة ٥٧ من قانون الولاية على المال على أنه « لا يجوز للقاصر ، سواء كان مشمولا بالولاية أو الوصاية ، أن يتجر الا اذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنته المحكمة في ذلك اذنا مطلقا أو مقيدا » على حسب ماتتبن من ظروفه . ويراعى أن الاذن للقاصر بالتجارة وان كان يستوى مع الاذن له بالادارة فى اشتراط بلوغه الثامنة عشرة ، الا أنه لا يصدر الا من المحكمة وحدها حتى مع وجود الولى ، بينما يكفى اذن الولى لمباشرة أعمال الإدارة ، وما ذلك الا زيادة احتياط وتدقيق فى الترخيص للقاصر بالتجارة نظرا لما يحفها من مخاطر يخشى منها على أمواله «(١)» .

(٦) رغم أن الايصاء تصرف من التصرفات الضارة ضررا محضا ، فلا يجوز من الصبى المميز ويعتبر باطلا بطلانا مطلقا ان أجراه ، الا أن قانون الوصية أجاز وصية القاصر البالغ الثامنة عشرة بشرط حصوله على اذن من المحكمة ( م ٥ ) ، مراعىا فى ذلك أن الوصية تصرف مضاف الى ما بعد الموت فلا تلحق ضررا حالا بالقاصر وأنها على أى

---

(١) انظر فى اهلية القاصر المأذون له فى التجارة : مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، فقرات ٢٠٠ و ٢٠١ .



حال معلقة على اذن المحكمة وموافقتها «<sup>١</sup>» . وبذلك تعتبر وصية مثل هذا القاصر - خلافا لطبيعتها - في حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، أى تكون باطلة بطلانا نسبيا ان أجراها دون الحصول على الاذن المذكور ، فتكون صحيحة حتى يحكم بإبطالها اذا طلب الإبطال القاصر بعد بلوغه سن الرشد أو وليه أو وصيه قبل ذلك ، وتتأكد صحتها نهائيا ان أجازتها المحكمة أو أجازها القاصر بعد بلوغ سن الرشد.

### ٣٠٧ - كمال الأهلية

اذا بلغ الشخص سن الرشد - وهى احدى وعشرون سنة فى القانون المصرى - اعتبره القانون فى الاصل كمال التمييز والارادة الواعية البصيرة. ولما كان التمييز والارادة مناط أهلية الأداء ، فيكون هذا الشخص كمال الأهلية كمالا مطلقا بحيث يملك اجراء كل أنواع التصرفات القانونية بنفسه ، سواء منها النافع نفعا محضا والضرار ضررا محضا والدائر بين النفع والضرر . وقد نصت على ذلك المادة ٤٤ من التقنين المدنى بقولها « ١ - كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه ، يكون كمال الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية » ٢ - وسن الرشد هى احدى وعشرون سنة ميلادية كاملة » .

واكتمال أهلية الشخص ببلوغ سن الرشد على هذا النحو ، معناه انتهاء الولاية أو الوصاية التى كانت مقامة عليه ، بحيث لايتأتى من بعد سلب أهليته أو الانتقاص منها الا لعارض يستوجب الحجر وتعيين قيم عليه .

واذا كان الأصل هو اكتمال الأهلية وانتهاء الولاية أو الوصاية ببلوغ سن الرشد ، الا أنه حيث يعترض الشخص قبل هذا البلوغ ويظل

---

(١) فى هذا المعنى :

عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، فقرة ٩٥ ،



مصاحبا له عنده عارض يفقده قواه العقلية كالجنون أو العته أو يخل بتقديره وتديره كالسفه أو الغفلة ، فيمكن منعه من اكتمال الأهلية ببلوغ سن الرشد كما هو الأصل ، اذا قررت المحكمة قبل هذا البلوغ عدم انهاء الولاية أو الوصاية عليه عند هذا البلوغ واستمرارها بعده . ولذلك تقضى المادة ١٨ من قانون الولاية على المال بأن « تنتهى الولاية ببلوغ القاصر احدى وعشرين سنة ، مالم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية عليه » ، وتقضى المادة ٤٧/١ من نفس القانون بأن « تنتهى مهمة الوصى ببلوغ القاصر احدى وعشرين سنة الا اذا تقرر استمرار الوصاية عليه » (١) . ومتى تقرر استمرار الولاية أو الوصاية بعد

(١) ومع ذلك ، فيذهب بعض الفقهاء الى عدم اعمال هذه النصوص الا اذا لم تكن بالشخص عاهة في عقله ولكن تقوم به عاهة تلحق تدبيره وهي السفه أو الغفلة ، بحيث يلزم لاستمرار الولاية أو الوصاية عليه صدور حكم من المحكمة يقضى بذلك قبل بلوغ سن الرشد . اما اذا بلغ هذه السن غير متمتع بقواه العقلية لجنون أو عته ، فتستمر الولاية أو الوصاية عليه دون حكم سابق من القضاء ( عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص ٩٢ و ٩٣ ، وهامش (١) ص ٩٣ ) . ولكن هذا الراى يخصص من عموم حكم قانون الولاية على المال دون سند مقبول ، بقصر اعماله على حالتى السفه والغفلة وحدهما دون حالتى الجنون والعته . ولا يصلح نص المادة ٤٤ مدنى لاسناد مثل هذا التخصيص ، لأن هذا النص اذا كان يشترط اكتمال القوى العقلية عند بلوغ سن الرشد ، الا أنه لايعرض لكيفية استمرار الولاية عند تخلف هذا الشرط وهل تكون بحكم أو بغير حكم ، لأن الموضع الطبيعى لذلك هو التشريع الخاص بالولاية على المال . ومادام هذا التشريع فى صورته الأخيرة ، أصبح يتطلب ، بصفة عامة دون تحديد أو تخصيص ، صدور حكم قبل سن الرشد باستمرار الولاية أو الوصاية ، فمعنى هذا أنه حيث يتخلف كذلك شرط اكتمال القوى العقلية عند بلوغ سن الرشد لجنون أو عته وتكون نتيجة ذلك فقدان أهلية الشخص ، فلا بد من اتباع ما تقضى به أحكام قانون الولاية من لزوم صدور حكم قبل هذا البلوغ يجعل الولاية أو الوصاية مستمرة بعده على الشخص . والقول بغير ذلك معناه التمسك بأحكام قانون المحاكم الحسبية التى كانت تجعل الولاية أو الوصاية مستمرة دون حكم فى حالة الجنون أو العته ، دون اعتبار لنسخها بأحكام قانون الولاية على المال التى أصبحت تتطلب صدور حكم لاستمرار هذه الولاية أو الوصاية دون تفريق بين أسباب هذا الاستمرار . ولذلك يذهب بعض آخر من الفقهاء الى القول بأن من يبلغ سن الحادية والعشرين غير مكتمل القوى العقلية لجنون أو عته ، يكون عديم الأهلية طبقا للتقنين المدنى ، ولكن مهمة الولى أو الوصى تكون قد انتهت بقوة القانون =



بلوغ سن الرشد ، فتظل قائمة لا يرفعها الا قرار من المحكمة في حال رجوع العقل أو اعتدال التقدير ، فيصبح الشخص به حينئذ كامل الأهلية .

أما اذا بلغ الشخص سن الرشد دون صدور حكم قبله باستمرار الولاية أو الوصاية عليه ، فإن كمال أهليته المترتب على ذلك قد يعترضه من

طبقا لقانون الولاية على المال بحيث لا يكون لهذا الشخص — رغم انعدام أهليته — من يمثله قانونا الى أن يصدر قرار المحكمة بالحجر عليه وبتعيين قيم له ( اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ١٩٥٨ ، ص ١٩٥ و ١٩٦ ) . وإذا كان التوفيق بين نص التقنين المدني ونصوص قانون الولاية على المال على هذا النحو قد يبدو متجاوبا مع ظاهر كل منهما ، الا أنه يفصل بين الأهلية والولاية — رغم الارتباط الوثيق بينهما — فصلا يؤدي الى خلق فراغ لامصلحة لأحد فيه ، فضلا عن اخلاله باستقرار المعاملات ، بالقول بأن من يبلغ الحادية والعشرين مجنونا أو معتوها يكون عديم الأهلية ولكنه يظل — رغم ذلك — غير مشمول بالولاية حتى تقرر المحكمة الحجر عليه وتعيين قيم له .

والذي يبدو لنا أنه لا تعارض بين نص التقنين المدني ونصوص قانون الولاية على المال . ذلك ان نص التقنين المدني ، باشتراطه لاكتمال الأهلية بلوغ الشخص سن الحادية والعشرين مكتملا قواة العقلية ، انما يريد فحسب إبراز الأصل من اكتمال القوى العقلية عند بلوغ هذه السن ، دون أن يطعن في ذلك ما قد يوجد من أحوال نادرة تكون فيها هذه القوى مفقودة سواء عند بلوغ هذه السن أو بعد بلوغها . فاذا كان هذا فقد بعد البلوغ ، فمعنى ذلك فقد الأهلية بعد اكتمالها ، مما يوجب الحجر على الشخص وتنصيب قيم عليه . واما اذا كان الفقد عند البلوغ ، فمعنى ذلك عدم اكتمال الأهلية أصلا ووجوب استمرار الولاية أو الوصاية بعد هذا البلوغ ؛ ولكن من الواضح — والأصل — هو اكتمال القوى العقلية والأهلية وانتهاء الولاية أو الوصاية ببلوغ سن الرشد — ضرورة صدور حكم بما يخالف هذا الأصل ينفي الأهلية — رغم بلوغ سن الرشد — عن يبلغها مجنونا أو معتوها ، ويمد في الولاية أو الوصاية عليه الى ما بعد هذا البلوغ . والقول بغير ذلك من اعتبار من يبلغ سن الرشد مجنونا أو معتوها فاقد الأهلية دون حكم بذلك أو من اعتبار الولاية أو الوصاية مستمرة عليه دون حكم يقضى باستمرارها ، فيه مخالفة للأصل ، واعدام للأهلية دون اقامة الدليل على تخلف شرطها الوارد في التقنين المدني من التمتع بالقوى العقلية ، أو مد للولاية أو الوصاية الى ما بعد بلوغ سن الرشد دون اتباع ما يقضى به قانون الولاية من استلزام صدور حكم قبل البلوغ بهذا المد في كل الأحوال . فضلا عن ذلك ، فالرأى الذي نقول به من عدم اعتبار من يبلغ سن الرشد فاقد الأهلية وعدم استمرار الولاية أو الوصاية عليه الا بحكم يصدر — قبل هذا البلوغ — مقررًا لذلك بعد التثبت من قيام حالة الجنون أو العته ، هو المتفق مع ما يقتضيه استقرار وأمن المعاملات من الاعلام بانعدام الأهلية واستمرار الولاية أو الوصاية خلافا للأصل عند بلوغ سن الرشد .



العوارض من بعد ما يعدمه أو ينتقص منه ويكون سببا لتوقيع الحجر .

## § ٢ - عوارض الأهلية

### ٣٠٨ - أثر عوارض الأهلية في اعدامها أو الانتقاص منها

إذا بلغ الشخص سن الرشد غير محكوم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه ، اعتبر منذ هذا البلوغ كامل أهلية الأداء . والأصل أن يستمر كمال أهليته حتى انتهاء شخصيته بالموت . ولكن قد يطرأ على عقل الشخص عارض يعدم تمييزه وإرادته فيعده القانون في حكم عديم الأهلية ، أو يطرأ على تقديره عارض يخل بحسن تدبيره وبصره بالأمور فيعده القانون في حكم ناقص الأهلية ، ويحجر عليه في الحالين منسبا له فيما يباشر عنه كل أو بعض تصرفاته حسب انعدام أو نقص أهليته . فعوارض الأهلية اذن نوعان : نوع يعدم الأهلية تماما وهو الجنون والعتة ، ونوع ينتقص من الأهلية ولا يعدمها وهو السفه والغفلة . وقد نصت على هذه العوارض المادة ١١٣ من التقنين المدني بقولها « المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة وترفع الحجر عنهم ، وفقا للقواعد وللإجراءات المقررة في القانون » . فنعرض فيما يلي لهذين النوعين من العوارض وأثر كل منهما في أهلية الشخص وتصرفاته .

### ٣٠٩ - الجنون والعتة

يقصد بالجنون ذلك المرض الذي يصيب العقل فيفقده ويعدم التمييز ، وبالعتة ذلك الخلل الذي يعتري العقل دون أن يبلغ مبلغ الجنون فيجعل صاحبه مختلط الكلام قليل الفهم . والأصل أن العتة لا يعدم التمييز دائما كالجنون ، فقد يقتصر أحيانا على مجرد الانتقاص منه ، مما كان ينبغي معه التفريق في الحكم بين العتة المعدم للتمييز والمساوي للجنون وبين مجرد العتة المنتقص من التمييز ، واعتبار المعتود ، كما يذهب فقهاء الشريعة الإسلامية ، عديم الأهلية في الحالة الأولى وناقصها فحسب في الحالة



الثانية «١» . ولكن القانون المصرى — أمام دقة الحد الفاصل فى العته بين نوعيه وصعوبة تيينه — أغفل هذا التفريق ، وسوى فى الحكم بين المجنون وبين المعتوه عموما ، فاعتبر كلا منهما عديم الأهلية كالصبي غير المميز «٢» ، اذ نص على أنه « لا يكون اهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغرى السن او عته او جنون » ( م ١/٤٥ مدنى ) . ويراعى أن المشرع المصرى فى اعتباره الجنون معدما للأهلية، لا يفرق — كما يفعل فقهاء الشريعة الاسلامية — بين جنون مطبق كامل يستوعب كل الأوقات وبين جنون غير مطبق متقطع بالافاقة فى بعض الأوقات «٣» ؛ وحسنا فعل ، لأن ذلك أدعى الى الحسم والقطع فى أمر كهذا يستعصى على الاثبات ويفتح الباب واسعا لكثير من المنازعات .

واذا كان كل من المجنون والمعتوه منعدم الأهلية على هذا النحو بحيث يعتبر فى حكم الصبي غير المميز ، فمقتضى ذلك اعتبار كل تصرفات المجنون والمعتوه دون تمييز باطلة بطلانا مطلقا ، سواء منها ما كان نافعا نفعا محضا أو ضارا ضررا محضا أو دائرا بين النفع والضرر .

غير أنه اذا كان القانون يعد كلا من المجنون والمعتوه عديم الأهلية ، وكان الجنون والعته عارضين طارئين خلافا للأصل بعد بلوغ الشخص سن الرشد واكتمال أهليته ، فان أثرهما فى اعدام الأهلية بعد كمالها

(١) انظر فى التفرقة بين المعتوه المميز والمعتوه غير المميز فى الشريعة الاسلامية :

أحمد ابراهيم ، المقالة السابقة ، ص ٣٧٣ و ٣٧٤ . — عمر عبد الله ، سلم الوصول لعلم الاصول ، ص ١٠٣ .

(٢) قارن مع ذلك :

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ١٥٧ . — سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فترة ٢٤٦ .

(٣) أنظر فى هذه التفرقة :

أحمد ابراهيم ، المقالة السابقة ، ص ٣٧٣ . — عبد الوهاب خلاف ، احكام الاحوال الشخصية ، ص ٢٣٧ و ٢٣٨ . — عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٩٥ .



لا يجب أن يتأتى إلا عن طريق المحكمة وبحكم تصدره بتوقيع الحجر على المجنون أو المعتوه «<sup>١</sup>» وتنصيب قيم عليه ، بحيث لا يعود له كمال الأهلية إلا بحكم يرفع الحجر . ولذلك تقضى المادة ٦٥ من قانون الولاية على المال بأن « يحكم بالحجر على البالغ للمجنون أو للعتة . . . ولا يرفع الحجر إلا بحكم ، وتقيم المحكمة على من يحجر عليه قيما لإدارة أمواله وفقا للأحكام المقررة في هذا القانون » .

ولذلك فالأصل هو الاعتداد بتسجيل القرار الصادر من المحكمة بتوقيع الحجر لأعلام الكافة وامكان الاحتجاج عليهم بانعدام أهلية المجنون أو المعتوه ، بحيث تعتبر كل تصرفاته الواقعة بعد هذا التسجيل باطلة بطلانا مطلقا شأن تصرفات الصبي غير المميز ، دون أن يملك المتعامل أو المتعاقد معه الاحتجاج بحسن نيتة مادام كان مستطيعا العلم من هذا التسجيل بتوقيع الحجر على المجنون أو المعتوه وانعدام أهليته ؛ ولذلك تنص المادة ١١٤ من التقنين المدنى على أنه « يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه ، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر » . بل ويكتفى تقنين المرافعات في المادة ١٠٢٨ بمجرد تسجيل طلب الحجر على المجنون أو المعتوه لاعتبار كل تصرفاته الواقعة بعد هذا التسجيل باطلة بطلانا مطلقا إذا أجابت المحكمة من بعد الطلب وأوقعت الحجر ، مسويا بذلك في الحكم بينه وبين تسجيل قرار الحجر ؛ لأن في تسجيل هذا الطلب اعلاما للكافة بحالة الشخص المطلوب الحجر عليه للمجنون أو العتة وتحذيرا من احتمال الحجر عليه بحيث يتحمل المتعامل معه بعد ذلك مخاطر توقيع الحجر . وعلى هذا النحو ، إذا صدر من المحكمة القرار بالحجر على المجنون أو المعتوه عد في حكم فاقد الأهلية ، في مواجهة

(١) وفي ذلك يختلف القانون المصرى عما يذهب اليه فقه الشريعة الاسلامية من أن المجنون أو العتة يترتب عليه أثره من انعدام الأهلية بمجرد ظهوره دون حاجة الى قرار بالحجر على المجنون أو المعتوه ، فتعتبر جميع تصرفاته منذ هذا الحين باطلة مطلقا . فاذا زال المجنون أو العتة انقضى أثره بمجرد زواله ، فتعود الأهلية الى المجنون أو المعتوه وتصح تصرفاته من حين هذا الزوال دون حاجة الى قرار برفع الحجر عنه (انظر: عمر عبد الله، المرجع السابق، ص ٩٥) .



الكافة ، من تاريخ تسجيل طلب الحجر أو من تاريخ تسجيل قرار الحجر اذا لم يسجل الطلب ، فتقع كل تصرفاته بعد هذا التسجيل أو ذاك باطلة بطلانا مطلقا حتى ما كان منها نافعا له نفعا محضا .

ومقتضى اعتبار المجنون أو المعتوه غير فاقد الأهلية الا منذ تسجيل طلب أو قرار الحجر ، أن يظل معتبرا كامل الأهلية الى حين حصول مثل هذا التسجيل ، فلا تعتبر تصرفاته في هذه الفترة باطلة على أساس انعدام الأهلية رغم قيام حالة الجنون أو العته في الواقع . ومع ذلك ، فهي تعتبر في الأصل باطلة في هذه الفترة على أساس آخر هو انعدام الارادة عنده وهي قوام التصرفات القانونية .

ولكن اطلاق هذا الحكم كما يقضى الأصل وحسب ما استقر عليه القضاء المصرى في ظل التقنين المدنى القديم « ١ » ، اذا كان من شأنه بسط حماية كبيرة على المجنون أو المعتوه ، الا أن هذه الحماية انما تتحقق على حساب الغير حسن النية . ولذلك بدا للمشرع المصرى في التقنين المدنى الجديد ألا يحىى المجنون أو المعتوه من تصرفاته السابقة على تسجيل طلب الحجر أو تسجيل قرار الحجر الا بالقدر الذى لا يضر المتعامل معه حسن النية . ولذلك نص على أنه « اذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر ( أو تسجيل طلب الحجر / م ١٠٢٨ مرافعات ) ، فلا يكون باطلا الا اذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها » ( م ١١٤ / ٢ مدنى ) .

وعلى هذا النحو ، لا يوجد ما يحول دون اعمال الأصل وتوفير أكبر حماية للمجنون أو المعتوه ، في الفترة السابقة على تسجيل طلب أو قرار الحجر ، باعتبار كل تصرفاته خلالها باطلة بطلانا مطلقا لانعدام الارادة ،

(١) انظر في ذلك خاصة :

نقض ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ ، مجموعة احكام محكمة النقض ، دار النشر للجامعات ، السنة الاولى ، رقم ٤٣ ، ص ١٤٩ . - نقض ٢٢ نوفمبر ١٩٥١ ، مجموعة المكتب الفنى لاحكام النقض ، السنة الثالثة ، رقم ١٨ ص ٩٣ .



إذا كان المتعامل أو المتعاقد معه سىء النية يعلم بقيام حالة الجنون أو العته أو كان من اليسير أو الواجب عليه العلم بها نظرا لشيوعها . أما إذا كان هذا المتعامل أو المتعاقد حسن النية لا يعلم بحالة الجنون أو العته أو لم يكن في استطاعته العلم بها لعدم ذبوعها و شيوعها، فرعاية لحسن نيته وتحقيقا للأمن والاستقرار في المعاملات ، يترخص المشرع في رفع الحماية عن المجنون أو المعتوه والخروج على الأصل من وجوب اعتبار تصرفاته في هذه الفترة باطلة لانعدام الارادة ، فيجعل لهذا المتعامل أو المتعاقد حق التمسك بصحة تصرفات المجنون أو المعتوه « ١ » .

(١) في هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ١٩٥٦ . - سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٢٤٦ . - شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٨٠ و ٨١ . - أنور سلطان ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٦٥ . - عبد المنعم البدرأوى ، المرجع السابق ، فقرة ١٠٦ ، ص ١٦٢ . - اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ١٩٥٨ ، ص ٢١٠ و ٢١١ .  
نقض ٢٢ نوفمبر ١٩٥١ ، سالف الذكر .

ومع ذلك ، فيذهب بعض الفقهاء الى القول بأن تصرفات المجنون أو المعتوه قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر تقع باطلة حتى ولو كان الجنون أو العته غير شائع أو كان الطرف الآخر على غير بينة منه ، وذلك على أساس انعدام الارادة ( انظر : أحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ١٣٨ و ١٤٦ . - عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، فقرة ١٠٤ . - عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ٦٩ ، ص ١٠٥ - ١٠٧ ) .

ولكن إذا كان بطلان تصرفات المجنون أو المعتوه قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر صحيحا في الأصل كما أشرنا ، إلا أن إطلاق القول به وتعميمه على النحو الذي يذهب اليه هذا الرأي فيه مخالفة لصريح نص المشرع على عدم بطلان هذه التصرفات « إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها » ، مما يفيد صحة هذه التصرفات في حال حسن نية المتعاقد مع المجنون أو المعتوه لعدم شيوع حالته أو عدم علمه بها . والواقع أن هذا الرأي يهدر بذلك كل قيمة لما استهدفه المشرع وأفصح عنه في هذا النص من حماية المتعاقد حسن النية ، إذ معناه أنه حيث يثبت الجنون أو العته وقت التصرف قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر يكون هذا التصرف باطلا في كل الأحوال ، سواء كانت حالة الجنون أو العته شائعة أو غير شائعة ، وسواء كان الطرف الآخر على بينة منها أو جهل بها ؛ ولو كان الأمر كذلك ، لما احتاج المشرع إذن الى بيان هذا الحكم إذ هو مقتضى الأصل . وإنما كانت عنايته ببيان حكم التصرف في هذه الفترة ونفى البطلان عنه إلا حيث تشيع حالة الجنون أو العته أو حيث يعلم بها الطرف الآخر ، تأكيدا لرغبته في حماية =



### ٣١٠ - السفه والغفلة

يقصد بالسفه التبذير والسرف في اتفاق المال على غير ما يقضى به العقل «١» . ويقصد بالغفلة سهولة التردى في الغبن لسلامة القلب والنية وبساطة العقل وعدم كمال التمييز بين الرابح والخاسر من التصرفات «٢» .

== حسن النية عند هذا الطرف، وخروجه - في سبيل ذلك - على مقتضى الأصل بتصحيحه التصرف في مواجهته رغم انعدام ارادة المجنون أو المعتوه؛ فصحة هذا التصرف اذن صحة يفرضها المشرع فرضا على خلاف الأصل حماية لحسن النية وكفالة لاستقرار المعاملات ( انظر مع ذلك ما يذهب اليه استاذنا الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ١ هامش (١)، ص ٢٨٠، من أن « تصرف المجنون قبل تسجيل الحجر - اذا كانت حالة المجنون غير شائعة وغير معروفة من الطرف الآخر - انما يصح اخذا بالارادة الظاهرة دون الارادة الباطنة، لان الارادة الباطنة عند المجنون لا وجود لها ». ولكن يبدو أن تغليب الارادة الظاهرة على الارادة الباطنة، يقتضى بداءة وجود ارادة باطنة، وهى منعدمة في هذا الفرض ) .

(١) انظر نقض ٢٠ يونيه ١٩٥٧، مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض، السنة الثامنة، رقم ٦٩، ص ٦١٩، حيث يقرر الحكم أن « السفه هو اتفاق المال على غير مقتضى الشرع والعقل . وتصرف الانسان في كل ما يملك لزوجته وأولاده الصغار سواء كان هذا التصرف بعوض أو بغير عوض لا مخالفة فيه لمقتضى الشرع والعقل، بل هو تصرف تمليه الرغبة في تأمين مستقبل الزوجة والصغار الذين يرعاهم؛ وليس من شأن مثل هذا التصرف اتلاف المال في مفسدة، بل ان فيه حفظ المال لمن رأى المتصرف أنهم أحق أهله به، اذ الشرع لا يحرم على الانسان الخروج عن ماله حال حياته كلا أو بعضا لأحد ورثته لمصلحة مشروعة يقدرها، ولو قصد من ذلك حرمان بعض ورثته مما عساه قد يؤول اليهم » .

(٢) انظر نقض ٢٣ ديسمبر ١٩٥٤، المجموعة السابقة، السنة السادسة، رقم ٤٩، ص ٣٨٦، حيث يقرر الحكم أنه « من حيث أن المشرع لم يضع للغفلة تعريفا فيتعين الرجوع في بيانها الى أحكام الشريعة الاسلامية... ومن حيث أن فقهاء الشريعة الاسلامية لم يجمعوا على تعريف صاحب الغفلة، فقال بعضهم انه هو الشخص الذى لا يهتدى الى التصرفات الراجعة لسلامة قلبه فيغبين في تصرفاته، ويرى آخرون أنها امتداد لفكرة السفه . على أنه من المتفق عليه أنها من العوارض التى تعترى الانسان فلا تخل بالعقل من الناحية الطبيعية وانما تنقص من قوة ملكات نفسية أخرى اخصها الادارة وحسن التقدير . وقد يستدل عليها باقبال الشخص على التصرفات دون أن يهتدى الى الرابح منها، أو بقبوله فاحش الغبن في تصرفاته عادة أو بأيسر وسائل الانخداع على وجه يهدد المال بخطر الضياع . والحكمة في توقيع الحجر بسببها هى المحافظة على مال المحجور عليه حتى لا يصبح عالة على المجتمع، وكذلك المحافظة على مصالح الأسرة وغيرها من المصالح المشروعة كمصالح ==



(١) نقص أهلية السفه وذى الغفلة فى الأصل بالحجر عليه :

نظرا لأن السفه والغفلة لا يعتبران معدمين للعقل أو التمييز ، بل يصيبان بالخلل سلامة التقدير وحسن التدبير ، فان القانون يعد كلا من السفه وذى الغفلة فى الأصل ناقص الأهلية ويسوى بينه وبين الصبى المميز فى الحكم ، اذ ينص على أن « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وتل من بلغ سن الرشد ولس سفيها أو ذا عقله ، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون » . ومن هنا ، تكون تصرفات السفه وذى الغفلة صحيحة اذا كانت نافعة نفعاً محضاً ، وتكون باطلة بطلاناً مطلقاً اذا كانت ضارة ضرراً محضاً ، وتكون باطلة بطلاناً نسبياً أى قابلة للإبطال اذا كانت دائرة بين النفع والضرر .

غير أنه اذا كان القانون يعد كلا من السفه وذى الغفلة ناقص الأهلية ، وكان السفه والغفلة عارضين طارئین خلافاً للأصل بعد بلوغ الشخص سن الرشد واكتمال أهليته ، فان اثرهما فى الانتقاص من الأهلية بعد كمالها — كأثر الجنون والعتة فى اعدام الأهلية — لا يجب أن يتأتى الا عن طريق المحكمه وبحكم تصدره بتوقيع الحجر على السفه أو ذى الغفلة وتنصيب قيم عليه ، بحيث لا يعود الى سابق كمال أهليته من بعد الا بحكم كذلك

---

= الدائنين . . . وان كانت التصرفات التى تصدر عن الشخص هى فى الأصل المصدر الذى تستمد منه المحكمه الدليل على الغفله ، الا أنه لا مانع من ان تستمد هذا الدليل من مناقشة الحجر عليه امام المحكمه بقض النظر عن تصرفاته . وانظر كذلك نقض ٢٠ يونيه ١٩٥٧ سالف الذكر، حيث يقرر ان « ماورده الحكم تبريراً للحجر على الطاعن للغفلة من ان تصرفاته فى كل حالة الى اشخاص بذواتهم قد دل على المدى البعيد الذى احرزه هؤلاء فى الاستئثار به والسيطره عليه بسبب غفلته وسهولة خداعه، ينطوى على خطأ فى تطبيق القانون على الوقائع الثابتة فى الحكم ، لان الاشخاص الذين عناهم الحكم هم زوجة الطاعن وولديه ، وليس فى خروج الطاعن عن ماله لهم ما ينبىء عن استئثار أو تسلط لان تصرفه لهم امر تمليه العاطفة وتدفع اليه الغريزه . كما أن التصرفات التى صدرت من الطاعن والتى وصفها الحكم بأنها تصرفات تبرعية لا يمكن معها وصف من صدرت منه بالغفلة لأن الغفلة هى ضعف بعض الملكات الضابطة فى النفس ترد على حسن الادارة والتقدير ويترتب على قيامها بالشخص أن يفبن فى معاملاته مع الغير . . . »



يرفع الحجر عنه « ١ » . ولذلك تنص المادة ٦٥ من قانون « الولاية على المال » على أن « يحكم بالحجر على البالغ . . . للسفه أو للغفلة ، ولا يرفع الحجر الا بحكم ، وتقيم المحكمة على من يحجر عليه قيما لادارة أمواله وفقا للأحكام المقررة في هذا القانون » .

ولكن ضرورة اعلام الكافة أو تمكينهم من العلم بما يصيب أهلية السفه وذى الغفلة من تغير يعيدها ناقصة بعد أن كانت كاملة ، يجعل للتسجيل

(١) اذا كان مبدأ الحجر على السفه وذى الغفلة مقررا في القانون المصرى على هذا النحو ، فقد كان محل خلاف بين فقهاء الشريعة الاسلاميه وخاصة بين أبى حنيفة والصاحبين . فقد ذهب أبو حنيفة الى عدم جواز الحجر على السفه أو ذى الغفلة البالغ ، لان فى الحجر عليه اهدارا لانسانيته محافظه على ماله ، وأدميته خير من ماله ، ولا يضيع الأعلى لحفظ الأدنى . بينما ذهب الصاحبان الى الحجر على السفه أو ذى الغفلة لدفع الضرر عنه ومراعاة مصلحته بالمحافظة على ماله ، ولأن المسلم من منع المال عمن يبلغ سفيها أو ذا غفلة معناه الحجر عليه ، فليس ما يمنع اذن من الحجر على من يصيبه السفه أو الغفلة بعد البلوغ مادامت العلة واحدة . وهذا هو الراى الأرجح الذى يأخذ به كذلك جمهور الفقهاء ومن بينهم الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وابن حنبل . ولكن اختلف الصاحبان بعد ذلك فى ابتداء الحجر على السفه أو ذى الغفلة وانتهائه . فذهب « أبو يوسف » الى توقف ابتداء الحجر وزواله على حكم القاضى ، لأن تقدير السفه والغفلة أمر تختلف فيه انظار الناس كما تختلف الفقهاء فى اعتبارهما أسبابا للحجر مما يحتاج الى قضاء القاضى للترجيح وحسم الخلاف ، ولأن من الواجب حماية من يتعامل مع السفه أو ذى الغفلة على غير بينة من حاله . بينما ذهب « محمد » الى ثبوت الحجر بمجرد ظهور امارات السفه والغفلة وزواله بزوالها دون توقف على حكم القاضى بالحجر أو برفعه ، لأن المعلول يدور مع العلة وجودا وعدما دون توقف على شيء آخر ، والامر فى ذلك كالجنون والعتة والصفر والرق المتفق على ثبوت الحجر بتحققها وزواله بزوالها دون حاجة الى قضاء القاضى . وظاهر أن راى أبى يوسف هو الأضبط والأصلح لاستقرار المعاملات ، وهو الذى يأخذ بمضمونه القانون المصرى كما قد أشرنا .

أنظر فى عرض آراء فقهاء الشريعة الاسلامية فى هذا الصدد :

أحمد إبراهيم ، المقالة السابقة ، ص ٥٢٣-٥٢٦ . - عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية ، ص ٢٣٩ و ٢٤٠ . - على الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١٩٢ . - محمد يوسف موسى ، الفقه الاسلامى ، ص ٢٣٦ - ٢٣٨ . - عمر عبد الله ، سلم الوصول لعلم الأصول ، ص ١١٢ - ١١٥ . - محمد مصطفى شلبى ، المدخل لدراسة الفقه الاسلامى ، ص ٣٢٠ - ٣٢٢ .



أهمية بالغة في هذا الشأن على النحو الذي رأيناه له في حالة الحجر على المجنون والمعتوه . ولذلك فالأصل هو عدم الاحتجاج على الكافة بما يترتب على الحجر على السفينة أو ذى الغفلة من نقص في الأهلية الا من تاريخ تسجيل قرار الحجر أو من تاريخ تسجيل طلب الحجر اذا كان قد سجل « ١ » ؛ بحيث لا تأخذ تصرفاته في مواجهة الكافة حكم تصرفات الصبي المميز الا اذا كانت واقعة بعد هذا التاريخ ، فلا يعتبر صحيحا منها حينئذ الا النافع نفعا محضا ، ويقع باطلا بطلانا مطلقا الضار منها ضررا محضا وقابلا للإبطال الدائر منها بين النفع والضرر . ولذلك تنص المادة ١١٥/١ من التقنين المدني على أنه « اذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفينة بعد تسجيل قرار الحجر ، سرى على هذا التصرف ما سرى على تصرفات الصبي المميز من أحكام » ، وتنص المادة ١٠٢٨/٢ من تقنين المرافعات على أنه « يترتب على تسجيل ( طلب الحجر ) ما يترتب على تسجيل القرار ( به ) في تطبيق أحكام القانون المدني » .

ومقتضى اعتبار السفينة أو ذى الغفلة غير ناقص الأهلية في مواجهة الكافة الا منذ تسجيل طلب أو قرار الحجر ، أن يظل معتبرا كامل الأهلية كما هو الأصل الى حين حصول مثل هذا التسجيل ، فتعتبر كل تصرفاته في الفترة السابقة على التسجيل صحيحة رغم ما يوجد في الواقع من سفه أو غفلته . واذا كان في اقتضاء الأصول القانونية صحة تصرفات السفينة وذى الغفلة في هذه الفترة ما يحقق كذلك حماية المتعامل معها بحسن نية ، فمن الواجب الخروج على هذه الأصول - حماية لمال السفينة أو ذى الغفلة من نفسه أو من الغير - بتقرير نقص أهليته وبطلان تصرفاته أو قابليتها للإبطال على حسب الأحوال رغم وقوعها قبل تسجيل

---

(١) فلا يجوز للمتعامل مع السفينة أو ذى الغفلة بعد هذا التسجيل الاحتجاج بحسن نيته بحال من الأحوال ، اذ يكون غير مقبول منه مثل هذا الاحتجاج وقد جعل له المشرع - عن طريق التسجيل - وسيلة يستطيع بها العلم بطلب الحجر أو بتوقيعه على السفينة أو ذى الغفلة .



طلب أو قرار الحجر في مواجهة المتعامل أو المتعاقد معه سيء النية ، الذى يقصد بهذا التعامل أو التعاقد استغلال حالته من السفه أو الغفلة ، أو يبيت به مع السفية أو ذى الغفلة توقي آثار الحجر المتوقع تحايلا وتواطؤا على حكم القانون . فمثل هذا التعامل أو المتعاقد المستغل أو المتواطىء يجب أن يحرم من الاقادة من استغلاله للسفيه أو ذى الغفلة وابتزازه أمواله انتهازا لحالة سفهه أو غفلته ، أو يفوت عليه وعلى السفية أو ذى الغفلة ما يبتاه معا لتجنب الأخير آثار الحجر المتوقع عليه ؛ وخير جزاء فى هذا الصدد هو معاملة تصرفات السفية أو ذى الغفلة الصادرة نتيجة استغلال أو تواطؤ - رغم وقوعها قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر - معاملة تصرفاته الواقعة بعد هذا التسجيل ، من حيث اعتبار الضار منها ضرا محضا باطلا بطلانا مطلقا والدائر منها بين النفع والضرر قابلا للإبطال . وهذا ما استقر عليه القضاء المصرى من قبل خاصة فى شأن التواطؤ «<sup>١</sup>» ، وقننه المشرع من بعد فى التقنين المدنى الجديد بقوله « أما التصرف الصادر ( من السفية أو ذى الغفلة ) قبل تسجيل قرار الحجر ( أو تسجيل طلب

(١) راجع فى الاشارة الى الاحكام القديمة :

عبد الرزاق السنهورى ، نظرية العقد ، هامش ص ٣٤٢ و ٣٤٣ .

وأنظر كذلك من الأحكام الحديثة :

نقض ١٨ نوفمبر ١٩٤٣ ، مجموعة عمر ، ج ٤ ، رقم ٧٧ ، ص ٢١٣ .  
- نقض ٨ ديسمبر ١٩٤٩ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، دار النشر للجامعات ، السنة الأولى ، رقم ٢٥ ، ص ٨٨ . - نقض ٥ يناير ١٩٥٠ ،  
المجموعة السابقة ، السنة الأولى ، رقم ٤٦ ، ص ١٥٩ . - نقض ١١  
مايو ١٩٥٠ ، المجموعة السابقة ، السنة الأولى ، رقم ١٢٣ ، ص ٤٩١ .  
- نقض ٢٥ مايو ١٩٥٠ ، المجموعة السابقة ، السنة الأولى ، رقم ١٣٧ ،  
ص ٥٤٧ .

ويقرر الحكم الأخير « أنه لما كان قرار الحجر للسفه ليس له اثر الا من تاريخ صدوره ولا ينسحب على التصرفات السابقة عليه مالم تكن قد حصلت بطريق الغش أو التواطؤ ، كأن يكون المتصرف عالما بسفه المحجور عليه ومتواطئا معه فى تعامله على تفويت آثار حجر متوقع، وكان ما استخلصته المحكمة من عدم وجود الدليل على تواطؤ الزوجة المتصرف لها مع =



الحجر/م ١٠٢٨ مرافعات ) ، فلا يكون باطلا أو قابلا للإبطال الا اذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ « (م ١١٥/٢) . وعلى هذا النحو ، لا يكفي لبطلان أو ابطال تصرفات السفينة أو ذى الغفلة الواقعة قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر مجرد شيوع حالة السفه أو الغفلة أو حتى علم المتعامل أو المتعاقد معه بهذه الحالة ، بل يجب أساسا توافر الاستغلال من جانب الأخير لهذه الحالة «١» أو قيام التواطؤ بينه وبين السفينة أو ذى الغفلة على تمكينه من التهرب مقدما من آثار الحجر المتوقع عليه .

## (٢) الخروج على اصل نقص اهلية السفينة أو ذى الغفلة المحجور عليه :

إذا كان مقتضى الأصل اعتبار السفينة أو ذى الغفلة ناقص الأهلية بحيث يختلف حكم تصرفاته باختلاف نوعها ، الا أن المشرع قد خرج صراحة على هذا الأصل في الحالتين الآتيتين :

= زوجها المتصرف وقت انعقاد البيع المطعون فيه ، لصدور العقد قبل تقديم طلب الحجر ، لأن إيراد المتصرف لم يكن يكفي لنفقات معيشته مما اضطره الى التصرف في أطيانه كما تشهد بذلك العقود الأولى الصادرة منه ؛ فضلا عن أن حالة الزوجة المالية تمكنها من دفع الثمن ، ثم ما أوردته من عدم التعويل على قرينة العلاقة والمعاشرة الزوجية في الاستدلال على هذا التواطؤ ؛ كان هذا منها استخلاصا موضوعيا جائزا مما تستقل به المحكمة دون رقابة عليها من محكمة النقض ، ولا يكون ثمة وجه للطعن على حكمها بالقصور .

(١) واضح أن معنى استغلال حالة السفه أو الغفلة المقصود في هذا الشأن مختلف عن معنى استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح المنصوص عليه في المادة ١٢٩ مدني والذي لايعنى في ذاته سفها أو غفلة . هذا فضلا عن اختلاف الجزاء في الحالتين ، إذ هو الحالة الأولى البطلان أو الإبطال حسب طبيعة التصرف وكونه ضارا ضررا محضا أو دائرا بين النفع والضرر، بينما يكون في الحالة الثانية الإبطال أو الانتقاص من التزامات الطرف المغبون ( انظر في هذا المعنى : أحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، ص ١٣٧ و ١٣٨ . - عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق هامش (١) ص ١٠٩ ) .



١ - أجاز القانون للسفيه ولذی الغفلة المحجور عليهما الايضاء والوقف بشرط الحصول على اذن من المحكمة ، رغم أن هذه التصرفات ضارة ضررا محضاً مما كان ينبغي معه اعتبارها - طبقاً للأصل - باطلة بطلاناً مطلقاً «١» . وقد نصت على ذلك المادة ١١٦/١ من التقنين المدني بقولها « يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحاً ، متى أذنت المحكمة في ذلك » . وبذلك يأخذ وقف ووصية السفيه أو ذی الغفلة حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر خلافاً لطبيعتهما الضارة ضرراً محضاً ، فيقع قابلاً للإبطال وقفه أو وصيته دون اذن من المحكمة .

وإذا كان هذا النص يشعر بالاختلاف في هذا الصدد بين السفيه أو ذی الغفلة المحجور عليه وبين الصبي المميز البالغ الثامنة عشرة ، من حيث أن الأخير لا يملك - كالأول - الا الايضاء باذن المحكمة دون الوقف ، الا أن هذا الاختلاف الذي كان ممكناً في الأصل لم يعد قائماً اليوم ؛ فقد أصبح تصرف السفيه أو ذی الغفلة بالوقف غير متأثر الآن ، لأن الأصل في إباحة هذا التصرف له وقفه على نفسه في حياته أولاً «٢» وقد ألغى أخيراً نظام الوقف على غير الخيرات «٣» .

٢ - أجاز القانون للسفيه ولذی الغفلة المحجور عليهما مباشرة أعمال الإدارة إذا أذن لهما من المحكمة في تسليم كل أو بعض

---

(١) وفي ذلك يقول المرحوم الأستاذ عبد الوهاب خلاف انه وان تكن « تبرعات المحجور عليه للسفه باطلة ، لكن استثنى من ذلك وقفه على نفسه في حياته ثم من بعده على أى جهة عينها ، لأن في وقفه على نفسه حفظ العين وضمان ريعها له . واستثنى أيضاً وصيته بثلاث في سبيل الخير ، لأن الوصية لا تخرج العين عن ملكه حال حياته ، وهو بعد موته في حاجة الى الثواب لا الى المال » ( احكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية ، هامش (١) ص ٢٣٩ ) .

(٢) راجع الهامش السابق .

(٣) في هذا المعنى :

محمد سامي مذكور ، المرجع السابق ، ص ١٠١ .



أموالهما لإدارتهما ، فتكون لهما إذن أهلية أداء كاملة في شأن هذه الأعمال على التفصيل الذى سبق بيانه في أهلية القاصر البالغ الثامنة عشرة والمأذون له بالإدارة «١» . وقد نصت على ذلك المادة ٦٧ من قانون الولاية على المال بقولها « يجوز للمحجور عليه للسفاهة أو للغفلة «٢» ، بإذن من المحكمة ، أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتهما . وفي هذه الحالة تسرى عليه الأحكام التى تسرى في شأن القاصر المأذون » .

وإذا كان المشرع يقتصر على التصريح بالخروج على أصل نقص أهلية السفه أو ذى الغفلة المحجور عليه في الحالتين المتقدمتين ، فيبدو أنه لا يجب أن يستخلص من ذلك أن الخروج على حكم الأصل في شأنه قاصر على هاتين الحالتين وحدهما . إذ يمكن عن طريق القياس الاعتراف للسفيه أو ذى الغفلة بأهلية أداء كاملة في الحدود المعترف للصبي المميز بها ، إلا حيث يتعذر هذا القياس لتعارض بعض الأعمال المأذون

---

(١) انظر سابقا ، ص ٨٠٢ و ٨٠٣ .

ولكن يراعى أن الإذن بالإدارة للسفيه أو ذى الغفلة لا يملكه إلا المحكمة وحدها طبقا لصريح نص المادة ٦٧ من قانون الولاية على المال ، بينما يملك الإذن بالإدارة للصبي البالغ الثامنة عشرة الولي أو المحكمة على السواء ( م ٥٤ و ٥٥ من قانون الولاية على المال ) .

(٢) إذا كان ظاهر نص المادة ١١٦/٢ من التقنين المدنى يشعر بأن الإذن بالإدارة لا يكون إلا للسفيه دون ذى الغفلة حيث يقضى بأن « أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه ، المأذون بتسلم أمواله ، صحيحة في الحدود التى رسمها القانون » ، إلا أن ذلك لا يعبر عن قصد المشرع الحقيقى الذى جرى دائما على التسوية تسوية تامة بين السفه و ذى الغفلة في شأن الأهلية . ولعل اغفال ذكر ذى الغفلة في هذا النص كان من قبيل السهو غير التعمد ، ولذلك لم يلبث المشرع بعد ذلك في قانون الولاية على المال أن ساوى صراحة بين السفه و ذى الغفلة من حيث جواز إذن المحكمة لهما بأعمال الإدارة ( انظر في هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ١٥٨ ، ص ٢٨٢ . - شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فقرة ٩٢ ، ص ٨٨ . - اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ١٩٥٨ ، هامش (١) ص ٢١٢ ) .



بها هذا الصبي مع حالة السفه أو الغفلة . ولذلك نرى أنه يكون للسفينة أو ذى الغفلة أهلية التصرف - كالصبي المميز عموما - فيما يخص له من مال لأغراض تفقته وفي إبرام عقد العمل الفردى ، وأهلية التصرف - كالصبي البالغ السادسة عشرة - فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره . ولكننا لا نرى تسوية السفه أو ذى الغفلة بالقاصر البالغ الثامنة عشرة من عمره من حيث جواز الاذن له من المحكمة بمباشرة التجارة «١» ، لتنافي حالة السفه والغفلة تنافيا تاما مع ماتقتضيه التجارة من استقامة واعتدال التدبير وحسن النظر الى الأمور .

### § ٣ - موانع الأهلية

#### ٣١١ - طبيعة موانع الأهلية وتعدادها

إذا بلغ الشخص سن الرشد ولم يحجر عليه من بعد لعارض من عوارض الأهلية المتقدم ذكرها ، فيظل على حاله من كمال أهلية الأداء . غير أن ثم ظروف قد تقوم فتمنعه منعاً كلياً أو جزئياً - رغم كمال أهليته - من امكان مباشرة التصرفات القانونية بنفسه أو بمفرده . لذلك يجعل القانون لمثل هذا الشخص نائبا يقوم عنه بمباشرة هذه التصرفات أو يعينه على مباشرتها .

وموانع الأهلية ثلاثة ، مانع مادي هو الغيبة ، ومانع قانونى هو الحكم بعقوبة جنائية ، ومانع طبيعى هو وجود عاهة مزدوجة أو ضعف جسمانى شديد . ولا تنتقص هذه الموانع من كمال تمييز أو ارادة من تقوم به . ولذلك يظل الغائب أو المحكوم عليه أو ذو العاهة المزدوجة أو الضعف كامل الأهلية كما يقضى الأصل ، وان امتنعت عليه مباشرة أهليته واجراء التصرفات القانونية بنفسه أو بمفرده . فنعرض فيما يلى لهذه الموانع على الترتيب المتقدم .

(١) انظر عكس ذلك :

مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٢٠٦ .



### ٣١٢ - المانع المادى بالغيبة

تنص المادة ٧٤ من قانون « الولاية على المال » على أن « تقيم المحكمة وكيلًا عن الغائب كامل الأهلية في الأحوال الآتية متى كانت قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه :  
أولا - إذا كان مفقودا لاتعرف حياته أو مماته • ثانيا - إذا لم يكن له محل إقامة ولا موطن معلوم ، أو كان له محل إقامة أو موطن معلوم خارج ( الجمهورية المصرية ) واستحال عليه أن يتولى شؤونه بنفسه أو أن يشرف على من ينوبه في إدارتها » •

فبمقتضى هذا النص يعين وكيل لمن ينقضى على غيابه مدة سنة أو أكثر ، إلا إذا كان قد ترك وكيلًا عاما تتوافر فيه الشروط الواجب توافرها في الوصى فتحكم المحكمة بتثبيته ( م ٧٥ من قانون الولاية على المال ) •  
وواضح من هذا النص كذلك أن الغيبة التى يتحقق بها مانع الأهلية قد تكون غيبة يعتبر فيها الغائب فى حكم المفقود الذى لاتعلم حياته من مماته ، وقد تكون غيبة محققة معها حياة الغائب ، مادامت انقضت فى الحالىن مدة سنة أو أكثر على ابتداء الغيبة ؛ إذ فى الحالة الأولى يتوافر المانع دائما لاستحالة مباشرة المفقود شؤونه ، ولكنه لايتوافر فى الحالة الثانية الا حيث يستحيل على الغائب مباشرة التصرفات القانونية التى تقتضيها مصالحه أو الاشراف على من أنابه فى مباشرتها ورعاية شؤونه • وظاهر أن الغيبة لاتعتبر من موانع الأهلية الا اذا كان الغائب فى الأصل كامل الأهلية ؛ لأنه لو كان عديما أو ناقصا لكانت الولاية على ماله ثابتة من الأصل لولى أو وصى أو قيم ، فلا يوجد رغم الغيبة اذن ما يمنع من مباشرة شؤله اذ يباشرها عنه - حتى فى حضوره - الولى أو الوصى أو القيم • ولذلك لاتعتبر الغيبة - كمانع من موانع الأهلية - قائمة ، ولايعين للغائب - رغم مرور سنة أو أكثر على غيبته - وكيل ، اذا كان مفقودا عديم الأهلية أو ناقصا ، أو كان غائبا غير مفقود ولكن يمكنه - رغم غيبته - تولى



شئونه بنفسه أو الاشراف على من ينيبه في ادارتها ؛ ولذلك لا تعتبر كل غيبة مانعا من موانع الأهلية ، ولا كل مفقود - في هذا المعنى - غائبا «<sup>١</sup>» .

ولما كانت الغيبة مجرد مانع يقوم بالغائب فيمنعه من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه مما يقتضى تعيين وكيل يقوم بهذه المباشرة نيابة عنه ، فإن الغيبة تنتهى هى وآثارها بزوال سببها ، سواء بعودة الغائب أو توصله من بعد - رغم استمرار الغيبة - الى تولى شئونه بنفسه أو الاشراف على من ينيبه في ادارتها . وكذلك تنتهى الغيبة اذا لم يعد لها محل ، سواء بموت الغائب أو بالحكم - اذا كان مفقودا - باعتباره ميتا ( م ٧٦ من قانون الولاية على المال ) .

### ٣١٣ - المانع القانونى بالحكم بعقوبة جنائية

تنص المادة ٢٥/ رابعا من تقنين العقوبات على أن كل حكم بعقوبة جنائية يستلزم حتما حرمان المحكوم عليه مدة اعتقاله من مباشرة أعمال الادارة الخاصة بأمواله وأملكه . ويكون له تعيين قيم تقره المحكمة المدنية التابع لها محل اقامته ليقوم مباشرة هذه الأعمال عنه ، والا عينت له المحكمة قيما بناء على طلب النيابة العامة أو ذى مصلحة فى ذلك . وفضلا عن ذلك ، تمتنع على المحكوم عليه بعقوبة جنائية مباشرة أعمال التصرف الا بناء على اذن من المحكمة المدنية المذكورة ؛ وكل تصرف يباشره دون الحصول على هذا الاذن يعتبر باطلا بطلانا مطلقا ، فالنص صريح فى ذلك اذ يقضى بأن « كل التزام يتعهد به مع عدم مراعاة ما تقدم ، يكون ملغى من ذاته » .

فالحكم بعقوبة جنائية اذن مانع قانونى يمنع المحكوم عليه بها من مباشرة أعمال الادارة الا بواسطة قيم ، ومن مباشرة أعمال التصرف

---

(١) فى هذا المعنى :

سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٢٢٠ ، ص ٣٤٤ .



الا باذن من المحكمة ، دون أن ينتقص ذلك من كمال أهليته ، اذ مناط  
الأهلية التمييز والارادة وهما لا يزالان سليمين لم يؤثر فيهما صدور حكم  
بالعقوبة عليه .

وهذا المانع يفرضه المشرع كعقوبة تبعية على المحكوم عليه بعقوبة  
الجنائية « ١ » وحدها دون عقوبه الجنبه أو المخالفة ، نظرا لخطورة جريمته  
وعقوبتها ، بحيث يسلبه القيام بنفسه بالتصرفات القانانية دون  
رقابة ، ليحرمه بذلك من القدرة على الاستعانة بماله للتمكن من الهرب  
والنجاة من العقوبة أو التخفف من قيود تنفيذها . وواضح أمام هذه

---

(١) أنظر ما قضت به محكمة النقض من عدم ترتيب هذا المانع على  
حكم صادر من محكمة الثورة بالسجن ، مقرر في فيه انه « لا يستلزم حتما  
وبصفة عامة كل حكم بعقوبة جنائية ترتيب الأحكام الواردة في الكتاب  
الأول من قانون العقوبات ومنها الحرمان المنصوص عليه في المادة ٢٥/٤  
من هذا القانون ، وإنما القاعدة في ذلك وفقا للمادة ٨ عقوبات هي مراعاة  
أحكام هذا الكتاب بالنسبة للجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات  
والجرائم الواردة في القوانين الأخرى واللوائح الخصوصية مالم ترد في تلك  
القوانين أو اللوائح نصوص باستثناء تطبيق أحكام الكتاب المذكور... وإذا  
كانت الجرائم التي تنظرها المحاكم غير العادية فدأثمها أمر من أوامر  
السيادة العليا ، فإن الأحكام الصادرة بعقوبه جنائية من هذه المحاكم لا تسرى  
عليها أحكام الكتاب الأول من قانون العقوبات ، ذلك أن المادة ٨ من هذا  
القانون لا تنطبق الا على الجرائم المنصوص عليها في قوانين أو لوائح خصوصية  
ولا يجوز قياس أمر السيادة على القانون في هذا الخصوص... لاختلاف  
طبيعة كل منهما ، بل قد يكون في اعتبار أمر السيادة بمثابة قانون تفويت  
للفرض منه ، اذ أن الكتاب الأول من قانون العقوبات - كما تضمن قواعد  
قانونية تسرى على أجراءات والعقوبات - فانه تضمن أيضا قيودا لا تتفق مع  
عمل السيادة... والامران الصادران بتشكيل محكمة الثورة وبيان  
الافعال التي تعرض عليها والعقوبات التي توقعها لم يصدر بهما قانون  
أو لائحة بل صدرا على أنهما عمل من أعمال السيادة العليا... ولذلك  
لم يتبع في شأنهما ما يتبع في القوانين من نشر بالجريدة الرسمية ؛ كما  
تفيد نصوص هذين الأمرين، صراحة استثناء أحكام قانون العقوبات بما فيها  
الكتاب الأول منه فيما استثنى تطبيقه وهي القوانين العادية جميعها ،  
لتعارض هذا التطبيق مع الفرض الذي انشئت من أجله المحكمة المذكورة .  
[ نقض ٢٣ يونيه ١٩٥٥ ، مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض ، السنة  
السادسة ، رقم ١٧٧ ، ص ١٣٠٧ ] .



الحكمة أن قيام هذا المانع واستمراره يكون رهنا بتنفيذ العقوبة واستمراره ، ولذلك يرتفع هذا المانع بالافراج عن المحكوم عليه ولو افراجا شرطيا «<sup>(١)</sup>»؛ فتد أمواله اليه ويقدم له القيم حسابا عن ادارته .

#### ٣١٤ - المانع الطبيعي بالعاhtين أو العجز الجسماني الشديد

قد يكون الشخص مصابا بعاhtين اثنتين من عاhtات ثلاث هي الصمم والبكم والعمى ، بحيث تتعذر عليه الاحاطة الكاملة بكل ظروف التعامل الواقعية أو التعبير عن ارادته على الوجه الذي تفهم به عنه فهما صحيحا مما قد تتأثر به أمواله ومصالحه ؛ أو قد يكون مصابا - رغم خلوه من هذه العاhtات - بعجز جسماني شديد ، كشلل في لسانه يعجزه عن النطق الواضح أو يجعل كلامه غير مفهوم بحيث لا يؤمن انفراده - على هذه الحال - بالتصرف في ماله . فمثل هذا الشخص أو ذاك ، رغم كمال أهليته الذي لا تنتقص منه العاhtة المزدوجة أو العجز الشديد لأن تمييزه و ارادته يظلان سليمين لا تشوبهما بسبب ذلك شائبة ، يكون في وضع يستعصى عليه فيه الانفراد بمباشرة هذه الأهلية في شأن مايلزمه اجراؤه من تصرفات قانونية . من أجل ذلك ، يقرر القانون جواز اقامة مساعد قضائي يكون بمثابة عون له في اجراء هذه التصرفات، بما يضمن احاطته بعناصر الواقع احاطة تامة والتعبير عن ارادته تعبيراً حقيقياً صحيحاً . وقد نصت على حالة العاhtة المزدوجة المادة ١١٧/١ من التقنين المدني بقولها « اذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضى مصلحته فيها ذلك » ؛ ونصت على حالة العجز الشديد المادة ٧٠/٢ من قانون الولاية على المال بقولها انه يجوز للمحكمة تعيين مساعدا قضائي « اذا كان يخشى من انفراد الشخص بمباشرة التصرف

---

(١) تعليقات وزارة الحقائقية ، انظر في الاشارة اليها :

محمد كامل مرسى ، المرجع السابق ، هامش (١) ، ص ٢٢٩ و ٣٣٠ .



في ماله بسبب عجز جسماني شديد » •

وعلى هذا النحو ، لا يكفي توافر عاهتين في الشخص من العاهات الثلاث المذكورة ولا توافر العجز الجسماني الشديد عنده لتعيين مساعد قضائي يعاونه في مباشرة التصرفات القانونية ، بل يجب فضلا عن ذلك أن يكون من شأن اجتماع العاهتين أو قيام العجز الشديد أن يتعذر على الشخص التعبير عن ارادته أو يخشى من انفراده بهذا التعبير • ولذلك ليس ثم ما يدعو الى تعيين مساعد قضائي لشخص ذي عاهة مزدوجة أو عجز جسماني شديد ، اذا كان يظل - رغم العاهة أو العجز - مستطيعا في سر الاحاطة بظروف الواقع والتعامل والتعبير عن ارادته تعبيرا حقيقيا صحيحا ، اذ لا يقوم حينئذ خطر على أمواله ومصالحه من انفراده بمباشرة التصرفات القانونية •

فاذا قدرت المحكمة تعذر تعبير ذي العاهة المزدوجة أو العجز الجسماني الشديد عن ارادته بحيث يخشى من انفراده بمباشرة التصرفات القانونية ، تعين له مساعدا قضائيا يعينه على هذه المباشرة • والتقنين المدني يترك للمحكمة سلطة تحديد التصرفات القانونية التي تكون مباشرتها محلا للمساعدة القضائية لذى العاهة المزدوجة حيث يذكر أنها « التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك » ( م ١١٧ / ١ ) ، مما يجعل للمحكمة ولاية تقدير هذه المصلحة • ولكن قانون الولاية على المال الصادر سنة ١٩٥٢ جاء محددًا هذه التصرفات بأنها التصرفات المنصوص عليها في المادة ٣٩ من نفس القانون ، وهي التصرفات التي لا يجوز للوصي مباشرتها الا باذن من المحكمة ( م ١ / ٧٠ ) •

واذا كان هذا النص يشعر بتحديد التصرفات التي تكون محلا للمساعدة القضائية تحديدا على سبيل الحصر ، فان ضرورة التوفيق بينه وبين نص التقنين المدني تستلزم استبعاد ذلك ، وتجويز تقرير المساعدة القضائية حتى خارج نطاق هذه التصرفات المحددة ، طالما كانت مصلحة



ذى العاهة المزدوجة أو العجز الجسماني الشديد تقتضى هذا التقرير «١» . فالواقع أن المشرع لم يرد بتحديد التصرفات التى تتقرر فيها المساعدة القضائية الا اقامة قرينة قانونية على أن هذه التصرفات المحددة تقتضى مصلحة ذى العاهتين أو العجز الجسماني الشديد تقرير المساعدة فيها ، بحيث يعفى بذلك من اقامة الدليل فى شأنها على توافر هذه المصلحة ؛ ولذلك ليس ثم ما يمنع ، فى غيرها من التصرفات وحيث تتخلف هذه القرينة ، من تحمل عبء اقامة الدليل على توافر مثل هذه المصلحة لتقرير المساعدة القضائية فى مباشرتها كذلك . وهذا يتيح تقرير المساعدة القضائية خاصة فى صدد ما أغفله قانون الولاية على المال من تصرفات على سبيل التبرع ، رغم أنها أولى بتقرير المساعدة فى شأنها - وهى ضارة ضررا محضاً - من التصرفات التى عددها وهى دائرة فحسب بين النفع والضرر «٢» ؛ بل ويتيح تقرير هذه المساعدة كذلك حتى فى بعض التصرفات الدائرة بين النفع والضرر التى يجوز للوصى مباشرتها دون استئذان المحكمة «٣» ، اذا اقتضت مصلحة ذى العاهتين أو العجز الشديد المساعدة فيها ؛ ويتيح أخيراً قصر هذه المساعدة - حسب مصلحة من تتقرر له - على بعض التصرفات التى يعينها قانون الولاية على المال باعتبارها محلاً للمساعدة دون البعض الآخر ، وعدم تحميم بسطها فى كل الحالات على كل هذه التصرفات «٤» .

---

(١) انظر عكس ذلك :

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ١٩٥٨ ، ص ٢١٥ .

(٢) انظر فى تجويز تقرير المساعدة القضائية فى شأن هذه التصرفات على أساس القياس من باب أولى على التصرفات المعينة فى قانون الولاية على المال :

عبد المنعم البدرأوى ، المرجع السابق ، فقرة ١٠٨ ، ص ١٦٩ .

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢١٥ ، هامش (١) .

(٣) و (٤) انظر عكس ذلك :

اسماعيل غانم ، الموضع السابق .



وعلى أى حال ، اذ تقررت المساعدة القضائية ، فيجب أن يراعى أن المساعد القضائي — على خلاف الولى أو الوصى على القاصر أو القيم على المحجور — لا يباشر منفردا تصرفات ذى العاهة المزدوجة أو العجز الجسماني الشديد نيابة عنه وانما يباشرها بالتعاون والاشتراك معه ، فهو ليس بنائب وانما هو معاون ؛ ولذلك لاتصدر التصرفات التى تتقرر بشأنها المساعدة القضائية من أحدهما بانفراده ، ولكن تصدر منهما معا . ومن هنا ، فانفراد المساعد القضائي بمباشرة تصرف من التصرفات القانونية محل المساعدة ، لا يجعله نافذا فى حق ذى العاهة المزدوجة أو العجز الشديد . وكذلك فانفراد ذى العاهتين أو العجز بمباشرة تصرف من هذه التصرفات ، يجعله قابلا للإبطال لمصلحته ، وهذا ما تقرره المادة ١١٧/٢ من التقنين المدني بقولها « يكون قابلا للإبطال كل تصرف من التصرفات التى تقررت المساعدة القضائية فيها ، متى صدر من الشخص الذى تقررت مساعدته قضائيا بغير معاونة المساعد . » ؛ ولذلك يكون للمساعد القضائي اجازته أو المطالبة بإبطاله ، ويكون لذى العاهتين أو العجز حق الاجازة أو المطالبة بالإبطال بعد زوال المساعدة القضائية المفروضة عليه وانقضاء المانع من أهليته بهذا الزوال .

ولكن اذا كان تصرف ذى العاهتين أو العجز الشديد المقررة المساعدة فيه قابلا للإبطال اذا انفرد بمباشرته دون معاونة المساعد القضائي ، فالأصل أن مثل هذا الحكم لا يلحق الا تصرفاته الواقعة بعد قيام المانع من أهليته وهو ما لا يثبت الا عن طريق المحكمة وقرارها بتعيين مساعد قضائي يعاونه . فتوافر هذا المانع واعطاء تصرفات ذى العاهتين أو العجز هذا الحكم ، يرتب اذن بقرار المساعدة القضائية . غير أن ضرورة اعلام الكافة بهذا القرار وما ينشئه من مانع لامكان الاحتجاج عليهم به وبقابلية تصرفات من تقررت له المساعدة للإبطال اذا انفرد بمباشرتها ، يجعل للتسجيل هنا نفس الأهمية التى رأيناها فى



شأن الحجر على المجنون والمعتوه والسفيه وذى الغفلة ، بمعنى أن ماينفرد ذو العاهتين أو العجز الشديد بمباشرة من التصرفات التى تقررت المساعدة فيها لا يحتج على الغير بإبطالها الا اذا كانت واقعة بعد تسجيل طلب المساعدة أو بعد تسجيل قرار المساعدة اذ لم يكن طلب المساعدة قد سجل ( م ١١٧/٢ مدنى و م ١٠٢٨ مرافعات ) ، اذ بهذا التسجيل ومن تاريخه يكون الغير عالما أو فى مقام العالم باحتمال المساعدة أو بتقريرها .

أما تصرفات ذى العاهتين أو العجز الشديد الواقعة قبل تسجيل طلب أو قرار المساعدة ، فتكون فى الأصل صحيحة لصدورها من شخص كامل الأهلية لايقوم به حينئذ - والمساعدة لم تطلب أو تتقرر بعد - أى مانع من موانعها ؛ الا اذا كان المتعامل أو المتعاقد مع ذى العاهتين أو العجز سىء النية ، فيمكن الاحتجاج عليه بإبطال التصرف رغم وقوعه قبل تسجيل طلب أو قرار المساعدة « ١ » .

واذا كان الأصل وجوب اشتراك المساعد القضائى مع ذى العاهتين أو العجز الشديد فى اجراء التصرفات التى تتقرر المساعدة بشأنها ، الا أن للمحكمة - رعاية لمصلحة أو مال ذى العاهتين أو العجز - أن تأذن بانفراد أحدهما بالتصرف فى حالة امتناع الآخر . وهذا ماتنص عليه المادة ٧١ من قانون الولاية على المال بقولها « يشترك المساعد القضائى فى التصرفات المشار اليها فى المادة السابقة . - واذا امتنع عن الاشتراك فى تصرف ، جاز رفع الأمر الى المحكمة ؛ فان رأت أن الامتناع فى غير محله ، أذلت المحكوم بمساعدته بالانفراد فى ابرامه أو عينت شخصا آخر للمساعدة فى ابرامه وفقا للتوجيهات التى

---

(١) وهذا مستخلص من المادة ١٠٢٨/١ من تقنين المرافعات التى تقضى بأن « القرارات المشار اليها فى المادة ١٠٢٦ ( ومن بينها قرار المساعدة القضائية ) لاتكون حجة على الغير حسن النية الا من تاريخ تسجيل الطلب المقدم عنها ، فان لم يسجل الطلب فمن تاريخ تسجيل المحكم » .



تبينها في قرارها • - وإذا كان عدم قيام الشخص الذي تقررت مساعدته قضائيا بتصرف معين يعرض أمواله للخطر ، جاز للمساعد رفع الأمر للمحكمة ، ولها أن تأمر - بعد التحقيق - بانفراد المساعد بأجراء هذا التصرف » • ويراعى أنه في هذه الحالة الأخيرة حيث تأذن المحكمة للمساعد القضائي بالانفراد بأجراء تصرف من التصرفات المقررة فيها المساعدة أصلا ، يعتبر المساعد حينئذ - بمقتضى هذا الاذن - نائبا عن ذى العاهتين أو العجز في شأن هذا التصرف وحده ، وليس مجرد معاون له كما هو دوره الأصلي •

وإذا كان المانع من أهلية ذى العاهتين أو العاجز عجزا جسمانيا شديدا لا يتحقق الا بقرار من المحكمة بالمساعدة القضائية ؛ فهو كذلك لا يرتفع الا بقرار منها برفع المساعدة اذا تبين زوال العاهتين أو احدهما أو زوال العجز ، أو تبينت قدرة الشخص - رغم بقاء العاهتين أو العجز - على الاحاطة بظروف الواقع وعدم تعذر التعبير عن ارادته تعبيرا صحيحا بحيث تنتفى الخشية من انفراده بمباشرة التصرفات القانونية •

## المطلب الثانى

### احكام الولاية على المال

#### ٣١٥ - اهلية الاداء والولاية على المال

وقفنا فيما تقدم على أهلية الأداء باعتبارها قدرة الشخص على التعبير بنفسه عن ارادته تعبيرا منتجا آثاره القانونية لحسابه وفي ذمته • وتبيننا وجود أشخاص عديمى الأهلية أو ناقصيها اما لصغر فى السن أو لعارض من العوارض التى تعدم التمييز والارادة أو تنتقص منهما ، وأشخاص كاملى الأهلية ولكن تمنعهم موانع من مباشرة أهليتهم سواء كانت موانع مادية أو قانونية أو طبيعية ، بحيث تكون قدرة



أولئك وهؤلاء على مباشرة التصرفات القانونية اما منعدمة واما محدودة واما ممتنعة . لذلك يجعل القانون لغيرهم ولاية مباشرة لها عنهم ولحسابهم بحيث تنصرف اليهم فتنتج آثارها في ذمتهم ولحسابهم لا في ذمة أو لحساب من لهم ولاية مباشرة . ومن هنا ، كانت الولاية بوجه عام هي قدرة أو سلطة قانونية لشخص معين في مباشرة التصرفات القانونية باسم ولحساب غيره من عديمي الأهلية أو ناقصيها أو كامليها ممن تقوم بهم بعض موانعها أو بما ينتج أثره في حقهم «١» ؛ والولاية على هذا النحو ، تفرق عن أهلية الأداء التي هي قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية لنفسه ولحسابه وبما ينتج أثره في حقه وذمته «٢» .

واذا كانت الولاية بهذا المعنى قد تكون ولاية على النفس أو ولاية على المال ، فلا يعني في هذا المقام الا الولاية على المال وحدها ، دون الولاية على النفس التي تجعل لمن له الولاية القدرة على انشاء عقد زواج المولى عليه وتنفيذه ، اذ نظرا لخصوصيتها على هذا النحو تدخل أساسا في دراسة عقد الزواج «٣» .

---

(١) انظر في المعنى الفقهي للولاية عند فقهاء الشريعة الاسلامية باعتبار انها « تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى » : أحمد ابراهيم ، المقالة السابقة ، ص ٥٣٢ .

وانظر مع ذلك في انتقاد هذا التعريف ، والاتجاه في تعريف الولاية الى جعلها شاملة لولاية الشخص على نفسه وماله وهو ما يؤدي الى الخلط بين الأهلية والولاية بما يوجب التفرقة من بعد في الولاية بين الولاية القاصرة التي هي الأهلية في حقيقتها وبين الولاية المتعدية وهي الولاية بالمعنى الدقيق :

عمر عبد الله ، أحكام الشريعة الاسلامية في الأحوال الشخصية ، ص ١٤٨ ، ١٤٩ .

(٢) انظر سابقا ، ص ٧٨٨ و ٧٨٩ و ٧٩١ و ٧٩٢ .

(٣) انظر في الولاية على النفس :

أحمد ابراهيم ، المقالة السابقة ، ص ٥٣٣ - ٥٣٦ . - عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية ، ص ٥٨ - ٦٥ . - عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ١٥٠ - ١٦٩ .



وعلى هذا النحو ، تكون الولاية على المال هي قدرة أو سلطة قانونية لشخص معين في مباشرة التصرفات القانونية بما ينتج أثره في ذمة ومال غيره من عديمي الأهلية أو ناقصيها أو كامليها ممن تقوم بهم بعض موانعها ؛ بينما تظل أهلية الأداء من الناحية المالية هي قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية بما ينتج أثره في ماله وذمته .

### ٣١٦ - تنظيم الولاية على المال ، ومنهج البحث فيها

تنص المادة ٤٧ من التقنين المدني على أن « يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة ، بالشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون » وهو التشريع الخاص بالولاية على المال عموما . وقد كان قانون سنة ١٩٢٥ ومن بعده قانون سنة ١٩٤٧ الخاص بالمحاكم الحسبية هو الذي ينظم شئون هذه الولاية ، تنظيما قضى به على ما كان قائما من قبل من تعدد القوانين المطبقة في هذا الشأن باختلاف ديانات وملل المصريين ووحدة أحكامها بالنسبة اليهم جميعا . ثم حل المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ « بأحكام الولاية على المال » محل قانون « المحاكم الحسبية » في شأن الأحكام الموضوعية لهذا التنظيم . أما الاجراءات الخاصة بالولاية على المال ، فقد أصبح ينظم أحكامها اليوم تقنين المرافعات منذ ما أضيف اليه بمقتضى القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ كتاب رابع في الاجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية ومن بينها اجراءات الولاية على المال .

وسوف تقتصر على بحث الأحكام الموضوعية للولاية على المال ، مراعين في ذلك التقسيم الطبيعي للولاية تبعا للمولى عليه ، اذ الولاية تثبت اما على مال القصر ، اما على مال البالغين المحجورين لجنون أو عته أو سفه أو غفلة واما على مال كاملي الأهلية ممن يقوم بهم



مانع من موانعها ، فنعرض لكل من هذه الأنواع الثلاثة من الولاية على التوالى .

### ١٩ - الولاية على مال القصر

#### ٣١٧ - اصحاب الولاية على مال القصر ومراتبهم

إذا كان من لم يبلغ سن الرشد يعتبر عديم الأهلية أو ناقصها تبعاً لانعدام تمييزه أو ابتدائه بحيث يفتقد القدرة على مباشرة كل أو بعض التصرفات القانونية بنفسه ولحسابه ، فيحتاج اذن الى من يباشر عنه هذه التصرفات بما ينتج أثره في ماله وذمته أى الى فرض الولاية على ماله وايجاد ولى يرعى شئونه ويباشر عنه تصرفاته .

والولاية على مال القصر تثبت اما للولى واما للوصى . و« الولى » بالمعنى الضيق هو اصطلاح شاع اطلاقه فى فقه الشريعة الاسلامية على الأب والجد الصحيح وهو أبو الأب ، وورثناه عنه . أما « الوصى » فهو غير الأب أو الجد الصحيح ، الذى يولى على مال الصغير القاصر اما بالاختيار من قبل الأب واما بالتعيين من قبل المحكمة .

والأصل أن الولاية على مال الصغير القاصر تثبت أولاً للأب فهو أولى من غيره بها ، ثم تثبت من بعده لوصيه المختار احتراماً لارادته التى عبر عنها قبل وفاته باختياره ، ثم تثبت من بعد الوصى المختار للجد الصحيح أى لأبى الأب ، ثم تثبت من بعد ذلك لمن تعينه المحكمة من الأوصياء . وقد نص على هذا الترتيب قانون الولاية على المال ، اذ تقضى المادة الأولى منه بأن « للأب ، ثم للجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد اختار وصياً ، الولاية على مال القاصر . وعليه القيام بها ، ولايجوز له أن يتنحى عنها الا باذن المحكمة » . وتقضى المادة ٢٩ منه بأنه « ان لم يكن للقاصر أو الحمل المستكن وصى مختار ، تعين



المحكمة وصيا ... » « ١ » .

ولن نعرض للأولياء على مال القاصر بهذا الترتيب ، وانما نعرض أولا للولى بالمعنى الضيق ثم للوصى ، لأن سلطات الولى - رغم بعض التفاوت فيها بين الأب والجدة الصحيح - أوسع نطاقا ومدى من سلطات الوصى سواء كان مختارا من الأب أو معيناً من المحكمة ، نظرا لما يفترض فى الولى من شفقة بالصغير قد لا تتوافر فى الوصى .

٢١٨ - ولاية الولى أو ولاية الأب والجدة

١ - ثبوت الولاية : الأصل فى الولاية على مال الصغير القاصر ثبوتها للأب أولا ، والا فتثبت للجدة الصحيح اذا لم يكن الأب قد اختار وصيا على مال ابنه . والولاية تثبت على مال القاصر - سواء للأب أو للجدة - بقوة القانون دون حاجة الى صدور قرار من المحكمة بتعيينه أو تشيته وليا على ابنه أو ابن ابنه القاصر ، لأنها ولاية طبيعية مفروضة بحكم صلة الدم الوثيقة من القرابة المباشرة وما تفرضه على الأب أو الجدة باعتبارهما الأصل من واجب رعاية مصالح الابن المحتاج الى الرعاية لقصره باعتباره الفرع . بل ان ثبوت الولاية على هذا النحو ، لا يجعلها حقا للأب أو الجدة فحسب ، بل يفرضها كذلك واجبا عليه بحكم مركزه العائلى بالنسبة الى ابنه أو فرعه الصغير ؛ ولذلك يقضى قانون الولاية على المال بأنه لا يجوز للأب أو الجدة أن يتنحى عن الولاية الا باذن المحكمة ( م ١ ) ، لضمان الرقابة على الأسباب

---

(١) يتبع القانون فى ترتيب الأولياء وفى تفضيل الوصى المختار من الأب على الجدة الصحيح مذهب الحنفية الذى كان يؤسس هذا التفضيل على أن وصى الأب يقوم مقام الأب ، فكأن الأب موجود بوجود هذا الوصى ولا ولاية للجدة مع وجود الأب . وهو فى ذلك يخالف مذهب الشافعية فى تفضيل الجدة على الوصى المختار ، ومذهب المالكية والحنابلة فى حرمان الجدة من الولاية اطلاقا وقصر الولاية على الأب ثم وصيه ثم القاضى (انظر : أحمد إبراهيم ، المقالة السابقة ، ص ٥٣٦ . - محمود سعد الدين الشريف ، الرسالة السابقة ، فقرات ١٥٦ و ١٥٧ ، ص ١٢٠ ) .



التي تبرر مثل هذا التنحي والتخلي عن أداء الواجب العائلي المقدس المفروض بحكم الطبيعة والقانون ، ولتأمين مصلحة الصغير بعدم تركه — نتيجة هذا التخلي — دون ولى على ماله حتى يعين من يتولى شئونه اذا كان التنحي مبررا أو مقبولا «<sup>١</sup>» .

ومن البديهي أنه لا يتصور ثبوت الولاية للأب أو الجد على مال ابنه أو ابن ابنه القاصر الا اذا كان هو نفسه كامل الأهلية في شأن ما يباشره نيابة عن القاصر من تصرفات ؛ لأن الولاية تفترض سد العجز في أهلية المولى عليه ، فلا يتأتى اسناد الولاية الى من يتوافر فيه مثل هذا العجز فيكون بدوره محلا للتولية على ماله لا صالحا للولاية على مال غيره . ولذلك تنص المادة الثانية من قانون الولاية على المال على أنه « لا يجوز للمولى مباشرة حق من حقوق الولاية الا اذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو » . ويبدو من ذلك أن النظر الى أهلية الأب أو الجد لا يكون نظرا عاما الى كل حقوق الولاية وانما نظرا خاصا الى كل حق منها على حدة ؛ ولذلك اذا كان المولى أهلا لمباشرة بعض هذه الحقوق دون بعض ، تبقى ولايته فيما هو أهل لمباشرة ، أما ما ليس له أهلا فتقيم المحكمة وصيا خاصا لمباشرة ( م ٣١/د من قانون الولاية على المال ) .

والأصل أن الولاية متى ثبتت للأب أو للجد ، فهي تثبت له على كل أموال القاصر ، ولكن المشرع يستثنى من ذلك ما تبرع به للقاصر من مال اذا رغب المتبرع في اخراجه من ولاية المولى ، اذ تنص المادة الثالثة من قانون الولاية على المال على أنه « لا يدخل في الولاية ما يؤول للقاصر من مال بطريق التبرع اذا اشترط المتبرع ذلك » ، وحيث تقيم المحكمة وصيا خاصا للولاية على هذا المال وادارته ( م ٣١/د من قانون الولاية على المال ) .

(١) في هذا المعنى :  
شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٦٤ .



٢ - سلطات الولى وواجباته : تنحصر وظيفة الولى فى رعاية أموال القاصر وإدارتها والتصرف فيها على النحو الذى يحدده القانون ( م ٤ من قانون الولاية على المال ) • وتفرض عليه هذه الوظيفة بادئ الأمر جرد أموال القاصر وتحرير قائمة بما يكون له من مال وإيداع هذه القائمة قلم كتاب المحكمة التى يقع بدائرتها موطنه فى مدى شهرين من بدء الولاية ، وتفرض عليه كذلك تحرير قائمة مماثلة بما يؤول للقاصر من مال وإيداعها قلم كتاب المحكمة فى مدى شهرين من هذه الأيلولة ( م ١٦ / ١ ) • وإخلال الولى بهذا الواجب - سواء بالامتناع عن القيام به أو بالتأخير فى هذا القيام - يجوز للمحكمة اعتباره تعريضا من جانبه لمال القاصر للخطر ( م ١٦ / ٢ ) ، وهو ما قد يعتبر سببا من أسباب سلب الولاية أو الحد منها ( م ٢٠ ) •

ووظيفة الولى تفرض عليه وتعطيه الحق فى القيام عن الصغير بما يعجز عن القيام به من تصرفات نظرا لانعدام أو نقص أهليته • وقد حدد القانون مدى ولاية الولى وسلطاته على مال القاصر أو قدرته على القيام عنه بهذه التصرفات ، مراوفا فيها بين الضيق والاتساع بحسب طبيعة التصرف من ناحية وبحسب كون الولى هو الأب أو الجد الصحيح من ناحية أخرى ؛ فالتصرفات ليست سواء من حيث نفع القاصر أو ضرره ، والأب بالنسبة الى الصغير أحنى وأشفق عليه من جده • وقد ساوى القانون بين الأب والجد فى ولاية مباشرة التصرفات النافعة نفعا محضا والتصرفات الضارة ضررا محضا على السواء ، ولكنه فاوت بينهما فى صدد التصرفات الدائرة بين النفع والضرر •

فللولى - أبا كان أو جدا - سلطة مباشرة التصرفات النافعة نفعا محضا للقاصر ، ولكن لايجوز له قبول هبة أو وصية للصغير محملة بالتزامات معينة الا باذن المحكمة ( م ١٢ ) • وليس للولى - أبا كان أو جدا - مباشرة التصرفات الضارة ضررا محضا بالقاصر بالتبرع مثلا ، « إلا لأداء



واجب انساني أو عائلي وبإذن من المحكمة « ( م ٥ ) ؛ وبذلك لا تجعل له ولاية في الاضرار بالقاصر ، بل يترك أمر التبرع من ماله — في حدود هذه الأغراض — للمحكمة ولتقديرها المطلق .

أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فهي تلك التي تختلف في شأن مباشرتها سلطة الأب عن سلطة الجد ؛ وهذا الاختلاف قاصر على مايتعلق منها بأعمال التصرف دون أعمال الإدارة .

فما يتعلق منها بأعمال الإدارة ، يملكه الأب والجد على السواء كقاعدة عامة ؛ وإن كان لايجوز لأى منهما بغير إذن المحكمة تأجير عقار القاصر لمدة تمتد الى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة ( م ١٠ ) ، ولا الاستمرار في تجارة آلت الى القاصر الا بإذن من المحكمة وفي حدود هذا الاذن ( م ١١ ) .

وأما يتعلق منها بأعمال التصرف ، فولاية الأب في شأنها أوسع من ولاية الجد نظرا لموفور شفقتة على الصغير : اذ يكون للأب في الأصل ولاية التصرف في أموال القاصر ، ولايستثنى من هذا الأصل الا بعض أعمال التصرف الهامة المحددة على سبيل الحصر فلا يملك الولي مباشرتها الا بإذن المحكمة ، وهي التصرف في العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية اذا زادت قيمتها على ثلثمائة جنيه ( م ١/٧ ) « ١ » واقراض مال الصغير واقتراضه ( م ٩ ) . وأما الجد فهو على خلاف الأب ، اذ ليست له ولاية التصرف في أموال الصغير القاصر الا بإذن المحكمة ، ولذلك تنص المادة ١٥ من قانون « الولاية على المال » على أنه « لايجوز للجد ، بغير إذن المحكمة ، التصرف في مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو اضعافها » .

ولكن اذا كانت سلطة الأب أوسع من سلطة الجد في شأن التصرف في مال القاصر على هذا النحو ، فاستثناء من هذا الأصل يستوى الأب والجد

---

(١) ولكن « لايجوز للمحكمة أن ترفض الاذن الا اذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر ، أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة » ( م ٢/٧ ) .



في ضرورة استئذان المحكمة والخضوع لاشرافها في التصرف فيما يؤول الى القاصر من مال موروث أوصى المورث بعدم تصرف الولي فيه (م ٨) ، اذ في ذلك تحقيق لرغبة المورث ورعاية لمصلحة الصغير على السواء بتقييد الولي باذن المحكمة واخضاع اتمامه للتصرف لاشرافها ورقابتها . كما يستويان في أنه لا يجوز لأى منهما « أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها الى الدرجة الرابعة الا باذن المحكمة « ١ » ، ولا . . . أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه » (م ٦) ، وذلك بقصد تنزيه الولي ودفع شبهة استغلاله القاصر وتعريض ماله للخطر أو محاباة نفسه أو زوجه أو أقاربهما على حسابه ، خاصة وأن الأمر يعنى عقارا للقاصر لا منقولاً والمشرع ما يزال متأثراً بالتقليد الجارى على اعتبار العقارات أكبر في القيمة الاقتصادية من المنقولات .

واذا كان الأصل أن المشرع يمنح الأب ثقة وسلطات أكبر مما يمنح الجد لافتراضه زيادة شفقتة على الصغير وايثاره له، فإن هذه النظرة المتفاوتة الى الأب والجد على هذا الأساس هي التي تكمن وراء كل الفروق الأخرى بينهما في السلطات وفي المسئولية على السواء .

فمن ذلك أن المشرع ، رعاية للأب ولمركزه من ابنه القاصر ، يخرج في شأنه على الأصل المقرر في المادة ١٠٨ من التقنين المدني من عدم جواز تعاقد النائب مع نفسه باسم الأصيل ، فيجعل « للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر ، سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، الا اذا نص القانون على غير ذلك » « ٢ » (م ١٤ من قانون الولاية على المال) . بينما يظل الجد على حكم الأصل من عدم جواز تعاقد مع

---

(١) اذا اذنت المحكمة بهذا التصرف ، فيكون لها ان تعين وصيا خاصا يتعاقد مع الأب (م ٣١/ب) .

(٢) كنص المادة السادسة من قانون الولاية على المال الذي سبقت الاشارة اليه .



نفسه باسم القاصر ، ولكن للمحكمة أن تعين وصيا خاصا يبرم معه العقد ( م ١/٣١ ) .

وكذلك ما ينص عليه المشرع من أنه « لاتسرى القيود المنصوص عليها في هذا القانون على ما آل الى القاصر من مال بطريق التبرع ، صريحا كان التبرع أو مستترا ، ولا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال » ( م ١٣ ) . فهذا الاعفاء بما يتضح من اطلاق ولاية التصرف قاصر على الأب وحده دون الجد . فبينما تظل ولاية الجد على المال الذي تبرع به للقاصر هي نفس ولايته وبحدودها على بقية أمواله ؛ تكون للأب الولاية الكاملة للتصرف في المال الذي تبرع به لابنه ؛ فرغم أن هذا المال قد صار ملكا لابن ، الا أن للأب — خروجاً على الأصل ودون استئذان المحكمة — التصرف فيه باسم الابن بكافة أنواع التصرفات حتى ما كان منها ضارا بالابن ضررا محضا .

وكذلك ما ينص عليه المشرع من أنه « لا يسأل الأب الا عن خطئه الجسيم ، أما الجد فيسأل مسئولية الوصي » ( م ٢٤ ) حتى عن الخطأ العادي اليسير ، اذ لا يتفق ومقام الأب من ابنه أن يقف أمامه موقف المسئول عن خطأ يسير .

٣ - رقابة الولى : رأينا أن الولى يخضع لرقابة المحكمة وضرورة استئذانها في بعض التصرفات ، وان كان الأب يمتاز على الجد بقلّة التصرفات التى يحتاج الى اذن المحكمة فى مباشرتها . وتفاوت مدى خضوع الأب والجد للرقابة يتبدى كذلك من ناحية المسئولية والحساب ، فقد أشرنا الى أن الأب لا يسأل الا عن الخطأ الجسيم ، بينما يسأل الجد حتى عن الخطأ اليسير ، مما يجعل الرقابة على الجد أشد منها على الأب . وكذلك اذا انتقضت الولاية ببلوغ القاصر ووجب رد أمواله اليه ، فحساب الأب عن ذلك يكون أيسر من حساب الجد ؛ اذ الأصل أن الأب لا يحاسب على ما تصرف فيه من ريع مال القاصر الا اذا كان ريع مال موهوب للقاصر



لغرض معين كالتعليم أو القيام بحرفة أو مهنة ( م ٢/٢٥ ) ، بينما يحاسب الجد نفس حساب الوصى ( م ٢٦ ) .

وفيما عدا هذه الحالات ، يتساوى الأب والجد من حيث الرقابة .  
ولذلك رأينا أن عدم ايداع الأب أو الجد قائمة بمال القاصر أو ما يؤول اليه منه أو تأخيرها في الايداع ، قد تعدد المحكمة من قبيل تعريض مال القاصر للخطر ، وهو ما يعطيها سلطة توقيع جزاءات خطيرة على الولى . ذلك أن الأصل أنه اذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولى أو لآى سبب آخر يرجع الى تقصيره ، فان ذلك يعطى المحكمة سلطة الحد من ولاية الولى أو سلطة سلبها في الأحوال الخطيرة ( م ٢٠ ) ؛  
وحينئذ لا تعود الولاية الا بقرار من المحكمة بعد التثبت من زوال الأسباب التى دعت الى سلبها أو الحد منها ( م ١/٢٣ ) .

٤ - وقف الولاية وسلبها وانقضاؤها : رأينا فيما تقدم أن رقابة المحكمة للولى قد تؤدى بها الى الحد من ولايته أو سلبها ، حيث يؤدى بسوء تصرفه أو تقصيره الى تعريض أموال القاصر للخطر ( م ٢٠ ) .  
وكذلك يرتب المشرع على الحكم بسلب الولاية على نفس الصغير «١» سقوطها وسلبها كذلك بالنسبة الى المال ( م ٢٢ من قانون الولاية على المال ، وم ١٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ بتقرير حالات سلب الولاية على النفس ) ، اذ مادام ليس مؤتمنا على نفس الصغير فلا يؤتمن كذلك على ماله .

وقد لا تسلب الولاية بل توقف فحسب بقرار من المحكمة اذا اعتبر الولى غائبا أو اعتقل تنفيذا لحكم بعقوبة جنائية أو بالحبس مدة تزيد على سنة ( م ٢١ ) ، اذ يقوم به حينئذ مانع من موانع الأهلية لا يتصور معه بقاء ولايته والولاية تفترض فى الولى الأهلية الكاملة دون مانع .

---

(١) انظر فى اسباب سلب الولاية على النفس م ٢ و ٣ من المرسوم بقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ .



وكما تسلب الولاية أو توقف بقرار من المحكمة ، لا تعود كذلك الا بقرار منها بعد التثبت من زوال الأسباب التي دعت الى السلب أو الوقف . ومع ذلك ، لا يقبل طلب استرداد الولاية الذي سبق رفضه الا بعد انقضاء سنتين من تاريخ الحكم النهائي بالرفض ( م ٢٣ ) .

واذا استمرت الولاية قائمة فلم توقف أو تسلب لما ذكرنا من أسباب ، فانها تنقضى بقوة القانون ببلوغ القاصر سن الرشد ، مالم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية عليه بعد هذا البلوغ ( م ١٨ ) ، لبلوغه مجنوناً أو معتوهاً أو سفيهاً أو ذا غفله «<sup>١</sup>» . وعلى الولي أو ورثته رد أموال القاصر اليه عند انقضاء الولاية أو قيمة ماتصرف فيه منها باعتبار القيمة وقت التصرف ، مع مراعاة ما تقدم من عدم محاسبة الأب — على خلاف الجد — عما تصرف فيه من ريع مال القاصر ( م ٢٥ ) .

### ٣١٩ - ولاية الوصي

١ - تعيين الوصي : الوصي هو كل شخص غير الأب أو الجد تثبت له الولاية على مال الصغير القاصر ، سواء بالاختيار من قبل الأب «<sup>٢</sup>» أو بالتعيين من قبل المحكمة . والوصي المختار أو وصي الأب مقدم — كما رأينا — على الجد ، بينما يتقدم الجد على وصي المحكمة . ولذلك تثبت الولاية على مال القاصر عند عدم وجود الأب لوصيه المختار حتى مع وجود الجد ، فاذا لم يكن الأب قد اختار وصياً فالولاية للجد اذ وجد ، فان لم يوجد تؤول الولاية الى من تعينه المحكمة وصياً . وبذلك يوجد فارق جوهري بين الولي بالمعنى الضيق وبين الوصي من حيث ثبوت الولاية على

(١) انظر سابقاً ، ص ٨٠٤ - ٨٠٦ .

(٢) يقصر القانون حق اختيار وصي على الأب وحده ، فليس للجد اختيار وصي يحل محله بعد وفاته على مال ابن ابنه خلافاً لما يذهب اليه فقهاء الحنفية خاصة ( انظر : محمود سعد الدين الشريف ، الرسالة السابقة ص ١٢٩ - ١٣١ . - عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ، ص ٢٥١ ) . ولذلك اذا لم يوجد للقاصر أب ولا وصي مختار منه ولا جد ، تعين المحكمة له وصياً غير متقيدة بالوصي الذي يكون الجد قد اختاره .



مال القاصر ؛ فالأول بوصفه أبا أو جدا للصغير تثبت له الولاية بقوة القانون دون تعيين أو تثبيت من المحكمة «١» ؛ بينما لا تثبت الولاية للوصى الا بقرار بالتعيين أو التثبيت على حسب الأحوال ، فالوصى المختار من قبل الأب لا بد أن تعرض وصايته على المحكمة لتثبيتها ( م ٢٨ / ٤ ) ، وأما وصى المحكمة فظاهر أنه لا بد من صدور قرار من المحكمة بتعيينه ( م ٢٩ ) .

وإذا كان للأب اختيار وصى لابنه القاصر أو حتى للحمل المستكن ( م ٢٨ / ١ ) ، فيشترط أن يثبت الاختيار بورقة رسمية أو عرفية مصدق على توقيع الأب فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بامضائه ؛ ويجوز للأب في أى وقت أن يعدل عن اختياره ( م ٢٨ / ٣٠٢ ) .

وإذا كان الأصل أن ولاية الوصى عامة على كل أموال القاصر ، فقد تدعو الضرورة الى أن تقيم المحكمة وصيا خاصا تحدد مهمته تحديدا دقيقا تقصر بمقتضاه ولايته على بعض أموال القاصر أو بالنسبة الى تصرفات معينة بالذات ، بحيث يقوم هذا الوصى الخاص بالولاية المحدودة في نطاق مهمته الى جوار الولى أو الوصى العام الذى تظل له الولاية العامة على أموال القاصر . واقامة وصى خاص على هذا النحو يتحقق : حيث تستلزم الظروف دراية خاصة لأداء بعض الأعمال . أو حيث يكون الولى غير أهل لمباشرة حق من حقوق الولاية . أو حيث يحتاج الأمر الى التولية على مال آل الى القاصر بطريق التبرع وشرط المتبرع ألا يتولى الولى أو الوصى العام «٢» ادارته «٣» . أو حيث تتعارض مصلحة القاصر مع مصلحة

(١) انظر سابقا ، ص ٨٣٣ .

(٢) يقتصر النص على حالة اشتراط المتبرع عدم تولية الولى على المال المتبرع به للقاصر ( م ٣ و ٣١ / ٥ ) . ولكن من الواضح انصرافه كذلك عن طريق القياس الى حالة اشتراط عدم تولية الوصى العام على هذا المال ( فى هذا المعنى : اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ١٩٥٨ ، هامش (٢) ص ٢٠٦ ) .

(٣) الا اذا كان المتبرع قد اقام وصيا مختارا ، فتعرض الوصاية على المحكمة لتثبيتها ، كما هو الشأن فى الوصى المختار من الأب ( م ٢٨ ) .



الولى فى الحالات التى يجب فيها استئذان المحكمة «١» أو مع مصلحة الوصى أو زوج أحدهما أو أحد أصوله أو فروعه أو قاصر آخر مشمول بولايته أو وصايته ، أو حيث يراد — بين القاصر وبين أحد من هؤلاء الذين تتعارض مصالحته مع مصالحهم — إبرام عقد أو تعديله أو فسخه أو إبطاله أو الغاؤه (م ٣١) . وكذلك يجوز للمحكمة تعيين وصى خصومة خاص إذا كان القاصر طرفا فى خصومة ولو لم يكن له مال (م ٣٣) . ففى كل هذه الحالات يكون وجود وصى خاص ضامنا قويا أكيدا لرعاية مصلحة القاصر بوجه عام وحمايته من استغلال الولى أو الوصى بوجه خاص .

وظاهر من ذلك أن ولاية الوصى الخاص — على خلاف ولاية الوصى العام — يكون بقاؤها مؤقتا ومرتها بانتهاء العمل الذى أقيم لمباشرة . وتكون الوصاية كذلك مؤقتة — حتى ولو لم تكن خاصة من حيث المال أو التصرف — حيث يعين « وصى مؤقت » من قبل المحكمة ، إذا حكم بوقف الولاية ولم يكن للقاصر ولى آخر ، أو وقف الوصى أو حالت ظروف مؤقتة دون أدائه لواجباته (م ٣٢) .

وعلى أى حال ، فيشترط لتعيين الوصى أو تثبيته أيا كان وصفه — وصيا عاما أو خاصا أو مؤقتا أو مختارا أو معينا من قبل المحكمة — أن يكون عدلا كفؤا ذا أهلية كاملة ، وأن يكون من طائفة القاصر والا فمن أهل مذهبه والا فمن أهل دينه ؛ وألا يوجد ما يمس شرفه أو نزاهته أو سيرته أو أماته ، أو ما يشكك فى حيده وحسن رعايته للقاصر نتيجة تحريم الأب لوصايته أو وقوفه من القاصر موقف المنازعة القضائية أو العداوة العائلية «٢» .

(١) انظر سابقا ، ص ٨٣٧ .

(٢) تفصل المادة ٢٧ من قانون الولاية على المال هذه الشروط بقولها : « يجب أن يكون الوصى عدلا كفؤا ذا أهلية كاملة . ولا يجوز بوجه خاص أن يعين وصيا : (١) المحكوم عليه فى جريمة من الجرائم المخلة بالأداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة . ومع ذلك إذا انقضت على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات ، جاز عند الضرورة التجاوز عن هذا الشرط . (٢) من حكم =



والأصل — في غير حالات تعيين وصى خاص — أن يكون الوصى العام على مال القاصر واحدا ، ولكن ليس ثم ما يمنع من تعيين عدة أوصياء اذا اقتضت الضرورة ذلك . وفي هذه الحالة يلزم اجماعهم ، وعند اختلافهم يرفع الأمر الى المحكمة لتأمر بما يتبع . ولكن اذا كانت المحكمة قد حددت لكل منهم — في قرار التعيين أو في قرار لاحق — اختصاصا معيناً ، فيكون له وحده الانفراد — دون الباقين — بالعمل والتصرف في حدوده . وعلى أى حال فيظل لكل منهم الانفراد باتخاذ الاجراءات الضرورية أو المستعجلة أو المتحضنة لنفع القاصر ( م ٣٠ ) .

٢ — واجبات الوصى : يفرض القانون على الوصى واجبات معينة ضمانا لحسن أدائه وظيفته ورعايته أموال القاصر ، أهمها وجوب تسلمه أموال القاصر وقيامه على رعايتها باذلا في ذلك من العناية ما يطلب من الوكيل المأجور ( م ٣٦ و ٨٦ ) حتى ولو كان غير مأجور الوصاية . والتشديد على الوصى غير المأجور وتسويته بالوصى المأجور فيما يبذل من عناية باقتضاء أن تكون هي عناية الرجل المعتاد ( م ٣٦ و ٨٦ من قانون الولاية على المال و م ٧٠٤/٢ مدنى ) لا مجرد العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة ولو كانت أدنى من عناية الرجل المعتاد كما هو شأن قرينه الوكيل غير المأجور ( م ٧٠٤/١ مدنى ) ، مرده ضعف الصغير القاصر ضعفا لا يجب معه التهاون فى عناية الوصى بشئونه حتى ولو كان متطوعا غير مأجور ، خاصة

---

== عليه لجريمة كانت تقتضى قانونا سلب ولايته على نفس للقاصر لو انه كان فى ولايته . (٣) من كان مشهورا بسوء السيرة ، أو من لم يكن له وسيلة مشروعة للتعيش . (٤) المحكوم بافلاسه الى أن يحكم برد اعتباره . (٥) من سبق أن سلبت ولايته أو عزل من الوصاية على قاصر آخر . (٦) من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعيين متى بنى هذا الحرمان على أسباب قوية ترى المحكمة بعد تحقيقها انها تبرر ذلك ؛ ويثبت الحرمان بورقة رسمية أو عرفيه مصدق على امضاء الأب فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بامضائه . (٧) من كان بينه هو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه وبين القاصر نزاع قضائى ، أو من كان بينه وبين القاصر أو عائلته عداوة اذا كان يخشى من ذلك على مصلحة القاصر . — ويجب على كل حال ان يكون الوصى من طائفة القاصر ، فان لم يكن فمن اهل مذهبه ، والا فمن اهل دينه . «



وأن الوصاية في أصلها تكون غير مأجورة يقصد بها نجدة الصغير والتطوع لخدمته، إلا أن يكون الوصى محتاجا «١» فلا بأس من تقدير أجر له «٢» .

وضمانا لأموال القاصر وهي تحت يد الوصى من تقصيره في حفظها ، يكون للمحكمة أن تلزم الوصى بتقديم تأمينات بالقيمة التي تراها ، ولكن على أن تكون مصروفات تقديم هذه التأمينات — كمصاريف ما يقدمه الوصى من رهن رسمي — على حساب القاصر ( م ٣٧ ) .

وعلى الوصى أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي، وأن يعرض عليها عقد القسمة للتثبت من عدالتها واحترامه الأسس التي عينتها له لتجرى عليها القسمة ( م ٤٠ / ١ ) . وعليه أن يعرض على المحكمة بغير تأخير ما يرفع على القاصر من دعاوى وما يتخذ قبله من إجراءات التنفيذ ، وأن يتبع في شأنها ما تأمر به المحكمة ( م ٤٢ ) . وعليه كذلك أن يودع باسم القاصر المصرف الذي تشير به المحكمة ما ترى لزوما لايداعه من أوراق مالية ومجوهرات ومصوغات وغيرها ، وأن يودع هذا المصرف أو احدى خزائن المحكمة كل ما يحصله من تقود بعد استبعاد النفقة المقررة والمبلغ الذي تقدره المحكمة اجماليا لحساب مصروفات الادارة ، على أن يتم الايداع في الحالين خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسلم الأموال المودعة ؛ وليس له أن يسحب شيئا منها بغير اذن المحكمة ( م ٤٣ و ٤٤ ) .

وعلى الوصى كذلك، اذا كانت أموال القاصر تزيد على خمسمائة جنيه أو كانت أقل من ذلك حسبما تتطلب المحكمة ، تقديم حساب سنوى

---

(١) وذلك مصداق قوله تعالى «ومن كان غنيا فليستعفف، ومن كان فقرا فليأكل بالمعروف» ( انظر : عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية ، ص ٢٥٧ ) .

(٢) ولذلك تنص المادة ٤٦ من قانون « الولاية على المال » على ان « تكون الوصاية بغير أجر ، الا اذا رأت المحكمة — بناء على طلب الوصى — ان تعين له اجرا أو ان تمنحه مكافأة عن عمل معين » .



قبل أول يناير مؤيدا بالمستندات عن ادارته • وفي جميع الأحوال ، يجب على الوصى الذى يستبدل به غيره أن يقدم حسابا خلال ثلاثين يوما من تاريخ انتهاء وصايته ( م ٤٥ ) •

٣ - **سلطات الوصى :** من الطبيعى أن يضيق المشرع من سلطات الوصى أكثر مما يضيق من سلطات الولى نظرا لصلة الدم الوثيقة المباشرة بين الولى وبين القاصر ، بل لقد رأيناه فيما يتعلق بالولى يوسع من سلطات الأب أكثر من الجدد نظرا لمركزه الأقرب الى القاصر • وعلى هذا النحو ، تتدرج سلطات من لهم الولاية على القاصر تدرجا تنازليا من الاتساع الى الضيق ، فتكون أوسعها عند الأب وأضيقها عند الوصى ووسطا بين السعة والضيق عند الجدد •

وسلطات الوصى لا تختلف باختلاف كونه مختارا من الأب أو معينا من قبل المحكمة ، لأنه فى حال اختياره من الأب تخضع وصايته لتثبيت المحكمة وقرارها فيكون فى حكم المعين ابتداء من قبلها •

ويتساوى الوصى فى سلطاته مع الأب والجدد فى شأن التصرفات النافعة نفعا محضا والتصرفات الضارة ضررا محضا ، فهو مثلها يملك مباشرة التصرفات النافعة نفعا محضا « ١ » ، ولا يملك فى الأصل مباشرة التصرفات الضارة ضررا محضا الا لأداء واجب انسانى أو عائلى وبإذن من المحكمة ( م ٣٨ ) •

ولكنه يختلف عن الأب والجدد على السواء فى شأن مباشرة التصرفات الدائرة بين النفع والضرر • فالتساعده أن الوصى لا يملك مباشرة هذه التصرفات ، سواء منها ما يتعلق بأعمال التصرف أو بأعمال الإدارة ، الا بإذن

---

(١) ولكن لا يجوز للوصى - كالولى - أن يقبل تبرعا للصغير - هبة كان أو وصية - اذا كان مقترنا بشرط أو محملا بالتزام ، أو يرفضه ، الا بإذن المحكمة ( م ٣٩ / ناسعا ) ، اذ بذلك يصير هذا التبرع فى حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر التى تنقيد مباشرة الوصى لها فى الأصل باستئذان المحكمة •



من المحكمة «١» ؛ ولكن استثناء من هذه القاعدة ثبت له — دون استئذان المحكمة — ولاية مباشرة بعض أعمال الإدارة القليلة الأهمية ، كإيجار عقار القاصر مدة لا تجاوز ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية وسنة في المباني ، أو الصلح والتحكيم فيما يقل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة «٢» . وبذلك يتبدى الفارق الكبير بين سلطات الوصى وسلطات الأب خاصة في هذا الشأن ، اذ بينما يملك الأب في الأصل مباشرة أعمال التصرف وأعمال الإدارة على السواء دون استئذان المحكمة ، يتقيد الوصى في

(١) انظر في اختلاف هذا الحكم عن فقه الشريعة الإسلامية وفقه الحنفية خاصة ، وتبريره مع ذلك :

عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ، ص ٢٥٦ .

(٢) تفصل المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال الأصل الذي ذكرناه من تقيد سلطات الوصى في شأن مباشرة أعمال الإدارة وأعمال التصرف باذن المحكمة الا ما يستثنى ، بتعداد التصرفات التي ترتب مباشرة الوصى لها بهذا الاذن ، اذ تقضى بأنه « لا يجوز للوصى مباشرة التصرفات الآتية الا باذن من المحكمة : ( أولا ) جميع التصرفات التي من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية ، أو نقله أو تغييره أو زواله ؛ وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة . ( ثانيا ) التصرف في المنقولات أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية ، فيما عدا ما يدخل في أعمال الإدارة . ( ثالثا ) الصلح والتحكيم الا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة . ( رابعا ) حوالة الحقوق والديون وقبول الحوالة . ( خامسا ) استثمار الأموال وتصفيتها . ( سادسا ) اقتراض المال واقرضه . ( سابعا ) إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية ولمدة أكثر من سنة في المباني . ( ثامنا ) إيجار عقار القاصر لمدة تمتد الى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة . ( تاسعا ) قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها . ( عاشرا ) الانفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم الا اذا كانت النفقة مقضيا بها بحكم واجب النفاذ . ( حادى عشر ) الوفاء الاختيارى بالالتزامات التي تكون على التركة أو على القاصر . ( ثانى عشر ) رفع الدعاوى الا ما يكون في تأخير رفعه ضرر بالقاصر أو ضياع حق له . ( ثالث عشر ) التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية ، والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ، ورفع الطعون غير العادية في الأحكام . ( رابع عشر ) التنازل عن التأمينات واضعافها . ( خامس عشر ) إيجار الوصى أموال القاصر لنفسه أو لزوج أو لأحد اقاربهما الى الدرجة الرابعة أو لمن يكون الوصى نائبا عنه . ( سادس عشر ) ما يصرف في تزويج القاصر . ( سابع عشر ) تعليم القاصر اذا احتساج للنفقة والانفاق [للزيم لمباشرة القاصر مهنة مهينة] .



الأصل بهذا الاستئذان في شأن مباشرتها . أما الفارق بين سلطات الوصى وسلطات الجد ، فلا يبدو الا في شأن أعمال الادارة وحدها ، حيث تضيق سلطة الوصى فيها عن سلطة الجد اذ الأصل هو قدرة الجد على مباشرتها دون استئذان المحكمة وتقييد الوصى — الا فيما يستثنى — بمثل هذا اذن ؛ أما أعمال التصرف ، فسلطتهما واحدة في شأنها ، اذ ترتعن مباشرتها من أيهما باذن المحكمة .

٤ - رقابة الوصى : أخضع القانون الوصى لرقابة محكمة من قبل المحكمة . ففضلا عن رقابة المحكمة للوصى رقابة تكاد تكون تامة ، نتيجة ابقاء القانون ييدها زمام الاذن للوصى في كافة التصرفات الا القليل النادر المستثنى المتعلق ببعض أعمال الادارة ، ونتيجة رقابتها لما يلتزم به الوصى — طبقا للقانون أو لما تلزمه هي به — من تقديم حساب سنوى ؛ قد جعل القانون لها كذلك سلطة توقيع جزاءات جنائية على الوصى ، اذا قصر في أداء الواجبات المفروضة عليه بمقتضى القانون أو أوقف تنفيذ القرارات التى تصدرها المحكمة ، بالحكم عليه بغرامة لا تزيد على مائة جنيه وحرمانه من أجره كله أو بعضه «١» وعزله أو بأحد هذه الجزاءات ، ويجوز للمحكمة أن تمنح القاصر هذه الغرامة أو جزءا منها ( م ١/٨٤ و ٢ ) .

وكذلك جعل القانون للمحكمة — في سبيل احكام الرقابة على الوصى — سلطة تعيين مشرف يراقب الوصى — ولو كان مختارا ( م ٨٠ ) — فى أداء واجباته ، بحيث يجب عليه ابلاغ المحكمة أو النيابة كل أمر تقتضى

---

(١) ولكن « يجوز اعفاء الوصى من الجزاء المالى — كله أو بعضه — اذا نفذ الأمر الذى ترتب عليه الحكم أو قدم اعتذارا تقبلها المحكمة » ( م ٣/٨٤ ) .  
وحينئذ اذا كان قد نفذ على ممتلكات الوصى ، فلا حق له الا فى استرداد ما حصل من التنفيذ . أما اذا كان المزداد قد رسا على قلم الكتاب ، فلا يكون له الا استرداد العين بعد دفع مصروفات التنفيذ ، مالم يكن هناك مانع ؛ فاذا وجد فلا يكون له استرداد الثمن الذى رسا به المزداد على قلم الكتاب بعد خصم كامل المصروفات ( م ٨٥ ) .



المصلحة رفعه اليهما ، ويلتزم الوصى باجابه الى كل ما يطلبه من ايضاح عن ادارة الأموال وتمكينه من فحص الأوراق والمستندات الخاصة بهذه الأموال . ويجب على المشرف ، اذا خلا مكان الوصى لسبب من الأسباب ، أن يطلب الى المحكمة اقامة وصى جديد ؛ ويكون له - الى أن يباشر هذا الوصى عمله - أن يقوم من تلقاء نفسه بالأعمال التي يكون في تأجيلها ضرر ( م ٨١ ) .

٥ - انتهاء الوصاية : تنتهى الوصاية انتهاء طبيعيا بزوال السبب المفروضة من أجله ، أى ببلوغ القاصر الخاضع لها احدى وعشرين سنة غير محكوم قبل هذا البلوغ باستمرار الوصاية عليه بعده ( م ٤٧ / ١ ) لجنون أو غته أو سفه أو غفلة (١) . هذا فى شأن الوصاية العامة ، أما فى شأن اوصاية الخاصة أو الوصاية المؤقتة ، فتنتهى انتهاء طبيعيا بانتهاء العمل الذى أقيم الوصى الخاص لمباشرته أو بانتهاء المدة التى اقتضت تعيين الوصى المؤقت خلالها ( م ٣٥ ) كأن تعود الولاية للولى بعد سابق وقفها أو سلبها ( م ٤٧ / ٢ ) أو تزول الظروف المؤقتة التى حالت دون أداء الوصى الأصلى العام لواجباته . وعلى أى حال ، فالوصاية تنتهى انتهاء طبيعيا كذلك ببوت القاصر ( م ٤٧ / ٤ ) .

ولكن قد تنتهى الوصاية قبل أوان انتهائها الطبيعى اما باستقالة الوصى وقبولها ، واما بعزله بقرار من المحكمة . والمحكمة تحكم بعزله فى حالتين : (١) اذا قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية للوصاية وفقا للمادة ٢٧ ، ولو كان هذا السبب قائما وقت تعيينه . (٢) اذا استثناء الادارة أو أهمل فيها ، أو أصبح فى بقاءه خطر على مصلحة القاصر ( م ٤٩ ) . وكذلك تنتهى الوصاية بقيام عارض من العوارض المعدمة لأهلية الوصى أو المنتقصة منها ، أو بثبوت غيبته ، أو ببوته ( م ٤٧ / ٤ ) . وعلى أى حال ، اذا توافرت أسباب جدية تدعو للنظر فى عزل الوصى أو فى قيام عارض من العوارض التى تزيل أهليته أو تنتقص منها ، يكون للمحكمة



أن تأمر بوقفه حتى يتحدد مركزه بصدور قرار الفصل أو بثبوت العارض ( م ٤٨ ) •

وإذا انتهت الوصاية لأي سبب من الأسباب المتقدمة ، فيجب على الوصى — خلال الثلاثين يوما التالية لانتهائها — أن يسلم الأموال التي في عهده بمحضر الى القاصر متى بلغ سن الرشد ، أو الى ورثته ان كان قد توفي ، أو الى الولى الذى أعيدت ولايته ، أو الى الوصى المعين بدلا منه ، أو الى الوصى المؤقت الذى يحل محله حلولا مؤقتا • ويجب عليه أن يودع قلم الكتاب فى الميعاد المذكور صورة من الحساب ومحضر تسليم الأموال ( م ٥٠ ) « ١ » • ويقع هذا الالتزام على عاتق ورثته ، أو على عاتق القيم عليه فى حال الحجر عليه بسبب عارض من عوارض الأهلية ، أو على الوكيل عنه فى حال ثبوت غيبته ( م ٥١ ) •

وإذا انتهت الوصاية ، فمن الصالح عدم اطالة النزاع بشأنها • لذلك يخرج المشرع على حكم القواعد العامة ، فيقرر تقادما قصيرا لسقوط الدعاوى الخاصة بها مدته خمس سنوات ، تحتسب من تاريخ بلوغ القاصر من الرشد ، أو من تاريخ موته قبل ذلك ( م ٥٣ / ١ ) • وتحتسب من تاريخ تقديم الحساب فى حالة عزل الوصى أو قبول استقالته ( م ٥٣ / ٢ ) ، أو انتهاء وصايته — قياسا على ذلك — بالأسباب الأخرى كعودة الولاية للولى أو الوصاية للوصى الأصلي أو قيام عارض من عوارض الأهلية بالوصى أو ثبوت غيبته أو موته « ٢ » •

---

(١) ويقرر قانون الولاية على المال جزاء جنائيا على الاخلال عمدا بهذا الواجب ، اذ ينص فى المادة ٨٨ منه على أن يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة وبغرامة لا تزيد على مائة جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين كل وصى انتهت وصايته ، اذا كان يقصد الاساءة قد امتنع عن تسليم أموال القاصر لمن حل محله فى الوصاية ، وذلك مالم ينص القانون على عقوبة اشد .

(٢) فى هذا المعنى :

اسماعيل فانم ، المرجع السابق ، ص ٢٠٥ •



وتوقيا من استمرار نفوذ الوصى على القاصر الذى كان فى وصايته بعد بلوغه سن الرشد بما قد يمكنه من استغلاله ، يعتبر المشرع قابلا للإبطال كل تعهد أو مخالصة تصدر لمصلحة الوصى من هذا القاصر خلال سنة من تاريخ تقديم الحساب عن الوصاية ( م ٥٢ ) •

## § ٢ - الولاية على مال المحجورين

### ٣٢٠ - ولاية القيم

إذا بلغ الشخص سن الرشد غير محكوم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه الى ما بعد هذا البلوغ فاكتملت له بذلك أهليته ، ثم طرأ عليه بعد ذلك عارض من جنون أو عته أو سفه أو غفلة أعدم تمييزه أو انتقص منه ، فإن ذلك يستتبع - كما رأينا - تقرير انعدام أو نقص أهليته بالحجر عليه من قبل المحكمة وتعيين قيم يباشر شئونه ويتولى تصرفاته • وعلى ذلك تنص المادة ١١٣ من التقنين المدنى بقولها « المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة ، وترفع الحجر عنهم ، وفقا للقواعد وللإجراءات المقررة فى القانون » • وتطبيقا لذلك ، يقرر قانون الولاية على المال أن « ••• تقيم المحكمة على من يحجر عليه قيما لإدارة أمواله ••• » ( م ٦٥ ) •

والأصل أنه يسرى على قوامة المحجورين وعلى القوام ، ما يسرى على وصاية القصر وعلى الأوصياء من أحكام ( م ٧٨ ) ، رغم أن القوامة قد تكون مسندة الى الأب أو الجد ؛ ولذلك لا بد من قرار المحكمة بتعيين القيم - حتى ولو كان أباً أو جداً - على خلاف الحال فى ولاية الأب أو الجد على مال القاصر حيث تثبت بقوة القانون دون حاجة الى حكم من المحكمة بالتعيين أو التثبيت ؛ ويخضع القيم كذلك - حتى ولو كان أباً أو جداً - لنفس ما يخضع له الوصى من قواعد فيما يتعلق بواجباته وسلطاته ورقابته



وانتهاء ولايته ، على خلاف الحال في الولاية على مال القاصر حيث يخضع الأب أو الجد لقواعد مغايرة تختصه دون الوصى أساسا ببسطة في سلطاته .

وإذا كان الأصل هو خضوع القوامة والقوام لأحكام الوصاية والأوصياء ، إلا أن المشرع يخرج على هذا الأصل في صدد بعض الأحكام . ومن قبيل ذلك ، ما ينص عليه من أن « تكون القوامة للابن البالغ ، ثم للأب ، ثم للجد ، ثم لمن تختاره المحكمة ( م ٦٨ ) ؛ فالابن هنا مقدم على الأب بينما لا تتصور بداهة في شأن الولاية على القاصر ولاية لابن ، والجد يلي الأب مباشرة فلا يسبقه في المرتبة — كما في الولاية على مال القاصر — شخص مختار من الأب ، ويلي هؤلاء من تختاره المحكمة . وكذلك ما ينص عليه المشرع من أنه لا يحول الحكم بأفلاس الابن أو الأب أو الجد أو الحكم عليه في جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة دون تعيينه قيدا ، إذا رأت المحكمة مصلحة في ذلك ( م ٦٩ ، و م ٢٧ / ٤١ ) ؛ فالمشرع بذلك يعتد — خلافا للأصل — بصفة القيم وقرابته الوثيقة للمحجور عليه إذا كان ابنا أو أبا أو جدا ، فيختصه بإمكان التجاوز في تعيينه عن قيام أحد هذين السببين به رغم أن قيامه يحول أصلا دون تعيين الوصى والقيم العادى بالتالى ( م ٢٧ / ٤١ و م ٧٨ ) .

### § ٣ - الولاية على مال ذوى موانع الأهلية

رأينا أن ثمة موانع قد تعوق الشخص كامل الأهلية من ممارسة نشاطه القانونى ومباشرة أهليته بنفسه أو بمفرده ، هى الغيبة والحكم بعقوبة جنابة والعاهة المزدوجة أو العجز الجسمانى الشديد . لذلك يقام وكيل عن الغائب ، وقيم على المحكوم عليه ، ومساعد قضائى لذى العاهتين أو العجز ، ليمارس عنه تصرفاته أو يعاونه على مباشرتها .



### ٣٢١ - الوكيل عن الغائب

سبق أن أشرنا «١» الى أن للمحكمة أن تحكم بتعيين وكيل — أو تشييته اذا كان مقاما من الأصل — عن الغائب كامل الأهلية الذي تمضى مدة سنة أو أكثر على غيابه غيابا فى معنى الفقد أو فى غير معناه ، اذا أصبح مستحيلا عليه تولى شئونه بنفسه أو الاشراف على من ينيبه فى ادارتها بما يترتب عليه تعطيل مصالحه ( م ٧٤ ) • وبذلك تفرض المحكمة الولاية على مال الغائب بالنظر الى مايعوق مباشرة أهليته — رغم كمالها — من مانع مادي •

والأصل أنه يسرى على الوكالة والوكيل عن الغائب مايسرى على الوصاية والوصى على مال القاصر من أحكام ( م ٧٨ ) ، سواء من حيث الشروط اللازم توافرها فيه ( م ٧٥ ) ، أو من حيث واجباته وسلطاته ومسئوليته ( م ٨٦ ) ورقابته ( م ٨٠ و ٨١ ) والجزاءات المختلفة التى توقع عليه اذا قصر فى واجباته أو أوقف تنفيذ القرارات التى تصدرها المحكمة أو تعمد الامتناع عن تسليم أموال الغائب لمن حل محله فى الوكالة ( م ٨٤ و ٨٥ و ٨٧ و ٨٨ ) •

وتنتهى مهمة الوكيل بموت الغائب موتا حقيقيا أو تقديريا ، أو بعودته ، أو توصله — رغم استمرار الغيبة — الى تولى شئونه بنفسه أو الاشراف على من ينيبه فى ادارتها ( م ٧٦ ) •

### ٣٢٢ - القيم على المحكوم عليه بعقوبة جنائية

رأينا «٢» أن الحكم بعقوبة جنائية يستتبع اقامة مانع قانونى لدى المحكوم عليه بها من مباشرة أهليته رغم كمالها عنده ، وهو مايجب تعيين قيم عليه يتولى عنه جانبا من تصرفاته القانونية • والأصل أن تعيين هذا القيم

---

(١) انظر سابقا ، فقرة ٣١٢ •

(٢) انظر سابقا ، فقرة ٣١٣ •



يتولاه المحكوم عليه نفسه ، ولكن على أن تقر المحكمة هذا التعيين . فإذا لم يعين المحكوم عليه قيدا ، عينته المحكمة بناء على طلب النيابة العمومية أو ذى مصلحة في ذلك ، ويجوز للمحكمة أن تلزم القيم الذى تنصبه بتقديم كفالة . ويتولى القيم عن المحكوم عليه — مدة اعتقاله — أعمال الإدارة وحدها دون أعمال التصرف ؛ ويكون تابعا للمحكمة التى أقرته أو نصبته — وهى المحكمة المدنية الواقع فى دائرتها محل اقامة المحكوم عليه — فى جميع ما يتعلق بقوامته ( م ٢٥ / رابعا عقوبات ) .

وتنقضى القوامة على المحكوم عليه بعقوبة جنائية بانتهااء مدة العقوبة أو بالافراج عنه ، فترد أمواله اليه ويقدم له القيم حسابا عن ادارته ( م ٢٥ / رابعا عقوبات ) .

### ٣٢٣ — المساعد القضائى لدى العاهتين أو العجز

سبقت الإشارة « ١ » الى أنه يجوز للمحكمة تقرير تعيين مساعد قضائى لدى العاهتين أو العجز الجسمانى الشديد ، اذا كان متعذرا عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته أو كان يخشى من انفراده بمباشرة التصرفات القانونية ؛ وقلنا ان وظيفة المساعد القضائى هى معاونة ذى العاهتين أو العجز على مباشرة التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك وخاصة التصرفات التى لايجوز للوصى مباشرتها الا باذن من المحكمة ، مما يجعل من المساعد معاونا أو شريكا لدى العاهتين أو العجز فى هذه المباشرة لا نائبا عنه فيها كما هو الشأن فى سائر أحوال الولاية على المال ، ويجعل من التصرفات التى ينفرد بمباشرتها ذو العاهتين أو العجز دون معاونة المساعد القضائى تصرفات قابلة للإبطال اذا كانت واقعة بعد تسجيل طلب أو قرار المساعدة ، ومن التصرفات التى ينفرد المساعد القضائى بإبرامها تصرفات غير نافذة فى حق ذى العاهتين أو العجز الذى لم يصاحبه فى ذلك .

---

(١) انظر سابقا ، فقرة ٣١٤ .



واذا كان الأصل وجوب اشتراك المساعد القضائي مع ذى العاهتين أو العجز ، فللمحكمة أن تطرح هذا الاشتراك اذا امتنع عنه المساعد في تصرف تجب عليه المساعدة فيه امتناعا في غير محله وتأذن ذى العاهتين أو العجز بالانفراد بإبرامه ( م ٧١/٢ ) . وللمحكمة كذلك أن تأمر بانفراد المساعد القضائي بإجراء تصرف معين اذا كان من شأن امتناع ذى العاهتين أو العجز عن المشاركة في اجرائه تعريض أمواله للخطر ( م ٧١/٣ ) ، وحينئذ يعتبر المساعد القضائي في هذا التصرف بمثابة نائب عن هو معين في الأصل لمساعدته . ولعل هذه هي الحالة الوحيدة التي يمكن القول فيها بأن المساعد القضائي تكون له ولاية بالمعنى الدقيق على مال ذى العاهتين أو العجز الشديد ، اذ فيها يكون له بمفرده مباشرة تصرف قانوني بما ينتج أثره في ذمة ذى العاهتين أو العجز ، بينما الأصل في وظيفته — كما ذكرنا — هو مجرد معاونة ذى العاهتين أو العجز على تمام الاحاطة بظروف الواقع واخراج ارادته اخراجا صحيحا مفهوما مما لا يعطيه ولاية الاستقلال بمباشرة تصرفات قانونية تنتج أثرها في حقه وماله .

واذا كان المساعد القضائي يعتبر نائبا خلافا للأصل من وظيفته في هذا الفرض الاستثنائي ، فالقانون كذلك يعده في حكم النائب اعتبارا في تطبيق أحكام المواد ١٠٨ و ٣٨٢ و ٤٧٩ من التقنين المدني ( م ٧٣ ) ، أى من حيث امتناع تعاقد بصفة عامة مع نفسه بالاشتراك مع ذى العاهتين أو العجز ، وشرائه — بصفة خاصة — ما يناف به المشاركة في بيعه بموجب المساعدة القضائية ، وعدم سريان التقادم بينه وبين ذى العاهتين أو العجز فيما يكون به أحدهما مدينا به للآخر ؛ وذلك مراعاة للصلة القائمة بين المساعد وبين ذى العاهتين أو العجز بما قد يمكن الأول من استغلال الثانى أو يقيم مانعا أدبيا تتعذر معه مطالبة أحدهما الآخر بما عليه له من دين .



### § ٤ - مجاوزة حدود الولاية على المال

٣٢٤ - عدم نفاذ تصرفات من له الولاية - فيما يجاوز حدودها - في حق المولى عليه

إذا كان القانون يجعل لبعض الأشخاص ولاية على مال عديم الأهلية أو ناقصها أو من تقوم بهم بعض موانعها على التفصيل السابق بيانه ، ويعين حدود هذه الولاية ، فمعنى ذلك أن قدرة من تثبت له الولاية على القيام بتصرفات قانونية تنتج أثرها في مال وذمة المولى عليه لا تتأتى إلا حيث تكون هذه التصرفات داخلة في حدود الولاية كما يرسمها القانون ، ولذلك تنص المادة ١١٨ من التقنين المدني على أن « التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقوام تكون صحيحة في الحدود التي رسمها القانون » . ومعنى ذلك من الناحية السلبية أن ما يجاوز من هذه التصرفات حدود الولاية كما يرسمها القانون لا ينتج أثره في مال أو ذمة المولى عليه ، أى لا يكون نافذا في حقه .

وعدم نفاذ تصرفات المولى بالمعنى الواسع في حق المولى عليه إذا كانت تجاوز حدود الولاية هو الجزاء المتفق مع نظام الولاية والهدف منه . ذلك أن الولاية إنما تفرض لصالح عديم الأهلية أو ناقصها أو من تقوم به بعض موانعها حتى يمكن بها سد العجز أو المانع القائم عنده من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه ، فلا يكون للتصرفات التي يباشرها من له الولاية على ماله نيابة عنه من أثر في ذمته إلا إذا كانت ملتزمة بحدود صالحه كما يعينها القانون ، سواء باشتراط شروط معينة أو استلزام استئذان المحكمة .

وإذا كان الفرض أن مثل هذه التصرفات التي تجاوز حدود الولاية تخالف صالح المولى عليه ، فقد تكون موافقة له رغم ذلك في بعض الحالات ، وهو ما يقتضى حينئذ التمكين من بعد لانفاذها في حق المولى عليه عن طريق اقرارها ممن يثبت له القانون الحق في مثل هذا الاقرار .



والقول بإمكان اقرار التصرفات التي تجاوز حدود الولاية ونفاذها بالاقرار في حق المولى عليه اذا اقتضى صالحه ذلك ، يوجب رفض ما يذهب اليه البعض من اعتبار هذه التصرفات باطلة بطلانا مطلقا «<sup>١</sup>» ، وما يذهب اليه بعض آخر من اعتبارها مجرد قابلة للإبطال «<sup>٢</sup>» ؛ فالإبطال المطلق

(١) في هذا المعنى :

Appel mixte, B. 8, p. 226.

استئناف مصر ، ٢ فبراير ١٩٢٤ ، المجموعة الرسمية ، س ٢٦ ، رقم ٣٤ ، ص ٥٨ ؛ حيث يقرر الحكم أنه « اذا باع الوصى عقار القاصر بدون اذن وتصديق المجلس الحسبي أو المجلس الملى المختص ، فالعقد باطل ، ولا يصلح أساسا للتملك بالسبب الصحيح ولو مضت خمس سنوات على وضع يد المشتري على العين المباعة » .

عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، هامش ص ٣٢٩ . - أنور سلطان ، شرح البيع والمقايضة ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٢ ، فقرة ٦٧ ، ص ٩٤ و ٩٥ .

ويؤيد بعض الفقهاء ( أنور سلطان ، النظرية العامة في الالتزام ، ج ١ ، فقرة ٧٤ ) القول بالإبطال المطلق على أساس أنه مادام نص المادة ١١٨ من التقنين المدني يقضى بأن « التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقوام تكون صحيحة في الحدود التي رسمها القانون » ، فيخلص من ذلك بطريق الاستنتاج العكسي أن ماخرج عن هذه الحدود من التصرفات يكون باطلا . ولكن هذا الاستنتاج العكسي لا يبدو مقنعا . فالنص على صحة تصرفات الأولياء والأوصياء والقوام في الحدود التي رسمها القانون لايعنى بالصحة هنا الا صحة هذه التصرفات كتصرفات صادرة ممن له الولاية على مال الغير وفي حدودها أي نفاذها في حق ومال المولى عليه ، فيكون الاستنتاج العكسي من هذا النص اذن مؤديا ، لا الى اعتبار التصرفات المجاوزة حدود الولاية باطلة ، ولكن الى اعتبارها غير نافذة في حق المولى عليه .

(٢) في هذا المعنى :

الأحكام المشار اليها في نظرية العقد للسنهوري ، الموضع السابق .

ونقض ١٦ يونيه ١٩٣٢ ، مجموعة عمر ، ج ١ ، رقم ٥٩ ، ص ١٣٢ ، الذي يقرر أنه « ليس من الدفع المتعلقة بالنظام العام الدفع بإبطال اقرار الوصي بدين على المورث بدون اذن من « المجلس الحسبي » ، أو بإبطال أي تصرف من التصرفات الوارد ذكرها في المادة ٢١ من قانون المجالس الحسبية المفروض على الأوصياء أن يستأذنوا المجلس قبل مباشرتها . ذلك أن عدم الاستئذان لايجعل تلك التصرفات باطلة بطلانا جوهريا ، بل يجعلها باطلة بطلانا نسبيا تلحقها الإجازة فتصححها ... » .



جزء يجاوز المقصود أساسا من رعاية صالح المولى عليه ويجعل من تصرفات المولى المجاوزة حدود الولاية تصرفات مستحيلة التصحيح رغم ما قد تحققه من صالح للمولى عليه . والقابلية للإبطال أو البطلان النسبي ، وإن كان يفضل البطلان المطلق كجزء من حيث التمكين — إذا اقتضى صالح المولى عليه — لاستقرار صحة هذه التصرفات نهائيا بالأجازة ، إلا أن من شأنه اعتبار هذه التصرفات منتجة آثارها منذ إبرامها في ذمة المولى عليه إلى أن يتم تأييدها نهائيا بالأجازة أو زوالها نهائيا بالحكم بالإبطال ، وهو مالا يتفق مع وجوب اعتبارها في الأصل غير نافذة في حق المولى عليه لمجاورتها ما يرسمه القانون للولاية من حدود «١» .

فالأولى إذن أن يقال — وهو ما يتفق مع نظام الولاية وحدودها — إن أثر تصرفات المولى المجاوزة حدود الولاية من النفاذ في حق المولى عليه يكون موقوفا على إقرار هذه التصرفات من بعد من يملك هذا الإقرار «٢» ، سواء كان هو المحكمة أو نفس المولى عليه بعد زوال

---

(١) ولذلك لا يمكن تأييد إعطاء حكم البطلان النسبي لتصرفات من له الولاية في حال مجاوزتها حدود الولاية وخاصة بتخطي المحكمة عند ضرورة استئذانها على أساس القياس على حكم التصرف الذي يقوم به ناقص الأهلية نفسه إذا كان متوقفا على استئذان من له الولاية عليه ( شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فقرة ١٠٥ ، ص ١٠٢ ) ، لأن القياس هنا مع الفارق ، إذ تصرف ناقص الأهلية يلزمه لصدوره منه وإن كان قابلا للإبطال لحمايته ، بينما تصرف المولى المجاوز حدود الولاية لا يلزم المولى عليه أصلا ( في هذا المعنى : سليمان مرقس ، المرجع السابق ، هامش (١) ص ٤٠١ ) .

(٢) في هذا المعنى :

سليمان مرقس ، الموضع السابق . — سليمان مرقس ومحمد علي امام ، عقد البيع في التقنين المدني الجديد ، فقرة ١٣٨ ، ص ١٩١-١٩٣ . — اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ١٩٥٨ ، ص ٢٠٧ - ٢٠٩ . وفارب : عبد المنعم البدرأوى ، عقد البيع في القانون المدني ، ١٩٥٧ ، فقرة



الولاية «أ» . ومعنى ذلك أن مثل هذه التصرفات — على خلاف التصرفات القابلة للإبطال — لا يكون لها أثر أو نفاذ في ذمة المولى عليه في الأصل ، ولكن يمكن أن يتحقق لها هذا الأثر بإقرارها من بعد ممن يملك ذلك ، أو يتأيد نهائيا انعدام أثرها بتخلف هذا الإقرار .

---

(١) والمحكمة تملك الإقرار حيث يثبت لها الإذن بالتصرف أصلا ؛ أما إذا كانت لا تملك الإذن ، كما في شأن التبرع من مال المولى عليه لغير أداء واجب إنساني أو عائلي ، فلا تملك بالتالي إقرار صدوره من قبل من له الولاية . ولكن المولى عليه يملك هذا الإقرار الذي لا تملكه المحكمة بعد زوال الولاية عليه . وهو يملكه بعد زوال الولاية كذلك من باب أولى ، حيث تملكه المحكمة — لقدرتها في الأصل على الإذن به — ولكن تمتنع عن إعطائه ( في هذا المعنى : اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٠٨ ) .

ولكن يراعى أن الإقرار في ظل قانون المحاكم الحسبية الملقى لم يكن متأتيا ، لامن المحكمة ولا من المولى عليه بعد زوال الولاية في شأن التبرع الصادر من صاحب الولاية ، حيث كان النص حينئذ (م ٩ و ١٨ و ٤٥) صريحا على اعتبار هذا التصرف — إذا صدر عن الوصي أو القيم في كل الأحوال ، أو صدر عن الأب أو الجد لغير أداء واجب إنساني أو عائلي — باطلا بطلانا مطلقا .



## الفرع الثاني

### الشخص المعنوي أو الاعتباري \*

La personne morale

#### ٣٢٥ - أهمية الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ، ولزومها

رأينا أن الشخصية في نظر القانون ليست مرادفة للشخصية في نظر الفلسفة والأخلاق وعلم النفس بحيث يناط وجودها بتوافر الصفة الانسانية ، وأن مدلولها عنده لا يبلغ من الضيق مبلغ الانحصار في الكائن الانساني ذي العقل والارادة والادراك ، ولا من السعة مبلغ الامتداد

---

#### \* المراجع :

Saieilles, De la personnalité juridique, 2e éd., 1922. — Michoud, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, 3e éd., par Trotabas, 2 vol., 1932. — Clements, Personnalité morale et personnalité juridique, 1935. — Coulombel, le particularisme de la condition juridique des personnes morales en droit privé, thèse, Nancy, 1949; Personne morale, Encyclopédie Dalloz, droit civil, t. III, pp. 759-764. — Durand, L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé, Etudes Ripert, t. I, pp. 138-159.

Roguin, op. cit., t. II, Nos. 693-800. — Capitant, op. cit., Nos. 148-203, pp. 194-257. — Bonnecase, op. cit., t. IV, Nos. 29-159, pp. 29-307. — Duguit, op. cit., t. I § 45 - § 47, pp. 481-524. — Ionescu, thèse précitée, Nos. 83-87. — Josserand, op. cit., t. I, Nos. 656-673 et Nos. 187-191. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, Nos. 175 - 254. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., Nos. 385-399. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, Nos. 889-908. — Waline, Traité élémentaire de droit administratif, 5e éd., 1950, pp. 157-177. — Dabin, op. cit., pp. 123-164. — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 587-620. — Planiol, Ripert et Sava-



حتى الى الحيوان أو الجباد ؛ وانما يناط هذا المدلول بالقيمة الاجتماعية التي يستأهلها كائن ما بالنظر الى مايتعلق به أو يمثله أو يستهدفه من مصالح انسانية ، مما يبرر صلاحيته لوجوب الحقوق له أو عليه ونسبتها اليه باعتباره من الأشخاص «١» .

واذا كانت القيمة الاجتماعية للكائن هي مناط اعتراف القانون له بالشخصية ، وكان من البادى ثبوت هذه القيمة للانسان باعتبار الغاية من وجود الجماعة والقانون والحقوق ، فليس معنى ذلك انحصار هذه القيمة في الانسان وحده وتخليها بالضرورة عند غيره ؛ اذ ليس ثم ما يحول — ومدلول الشخصية ماقدما — دون الاعتراف بها لغير الانسان من الكائنات ، مادامت تتوافر له مثل هذه القيمة الاجتماعية بحيث يصلح مركزا للحقوق والالتزامات مما يحتم اسنادها ونسبتها اليه باعتباره صاحبها «٢» .

---

tier, op. cit., t. I, Nos. 66-95. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 407-442. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 1046 - 1074.

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، فقرات ٢٣٥ — ٢٥٢ .  
شفيق شحاته ، فقرات ١١٧ — ١٤٨ . — عبد المنعم فرج الصدة ، فقرات ١٠٩ — ١٢٩ . — عبد الحى حجازى ، ص ١٥٤ — ١٩٣ . — سليمان مرقس ، فقرات ٢٢١ — ٢٣٧ وفقرات ٢٤٣ ، ٢٥٥ ، ٢٦٦ ، ٢٧٧ . — شمس الدين الوكيل ، ص ٩٠ — ١٣٦ . — محمد سامى مذكور ، ص ١٣٥ — ١٦٩ . — جميل الشرقاوى ، ص ١٥٢ — ١٨٨ . — اسماعيل غانم ، الطبعة الثانية ، ص ٢١٨ — ٢٥٢ . — عبد المنعم البدر اوى ، فقرات ١٢٤ — ١٦٤ . عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرات ٩٤ — ١٣٢ .

محمد عبد الله العربى ، الفقه الادارى الحديث وتصويره للدولة ونشاطها القانونى ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الاولى ، ص ٩٤ — ١١٨ وص ٨٤٧ — ٨٦٧ .

(١) انظر سابقا ، ص ٧٠٧ .

(٢) انظر سابقا ، ص ٧٠٦ و ٧٠٧ .



والواقع أن حقائق الحياة الاجتماعية نفسها تفرض الاعتراف بالشخصية لبعض الكائنات الاجتماعية التي تقوم بغرض تحقيق أهداف ومصالح انسانية . ذلك أن الانسان بمفرده أعجز - بالنظر الى جهده المحدود وعمره الموقوت - عن القيام بأعمال ضخمة لها حظ من الدوام والاستمرار . فصالح البشرية واستمرار جهودها متواصلة دون توقف أو انقطاع ، يجعل من المحتوم قيام تجمعات فردية أو مالية قوية ودائمة ، تواصل رسالتها على مر أجيال متعاقبة ، في انطلاق من قصور طاقة الفرد وتحرر مما يهدد الانسان من موت . وهو ما يتطلب الاعتراف لهذه التجمعات بكيان مستقل عن كيان الأفراد المكونين لها أو المنتفعين بها ، بحيث تدخل باسمها ميدان النشاط القانوني وتصبح صاحبة للحقوق والالتزامات ، مما لايتأتى الا باعطائها شخصية مستقلة خاصة بها .

### ٣٢٦ - التطور التاريخي لفكرة الشخصية المعنوية او الاعتبارية

وضرورات الحياة الاجتماعية المحتومة التي تفرض الاعتراف بالشخصية لمثل هذه التجمعات قد فرضت نفسها دائما على القوانين الوضعية ، منذ ما عرفت الدولة في القديم ووجب الاعتراف لها بداءة بشخصية خاصة مستقلة عن شخصيات الأفراد المكونين لها ، لتمكينها من النهوض بتبعاتها من تمثيل نفس الأمة على اختلاف حكامها وتعاقب أجيالها . ثم تطور الأمر الى الاعتراف بالشخصية كذلك لبعض جماعات الأفراد المستهدفة أو غير المستهدفة لتحصيل الربح ولبعض مجموعات الأموال المرصودة على تحقيق البر أو النفع العام ، على اختلاف بين الشرائع في مدى هذا الاعتراف - ضيقا واتساعا - تبعا لمدى تخوف الدولة من ظهور مثل هذه الأشخاص المعنوية القوية الى جانبها واستشعارها الخطر من منافستها لها وتوسطها بين الفرد وبينها ؛ فتاريخ الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية هو تاريخ كفاح



الدولة ضدها «١» .

وينبغي — للوقوف على تاريخ فكرة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية وتطورها — أن نعرض لذلك أولا في الشرائع القديمة ثم في الشرائع الحديثة .  
(١) **الشرائع القديمة** : تقتصر من هذه الشرائع — في تتبع فكرة الشخصية المعنوية — على القانون الروماني والشرعة الإسلامية .

**١ — القانون الروماني** : «٢» : كان من الطبيعي أن تكون الدولة هي أول من يعترف لها بالشخصية ، وإن كان من الواضح أن تبلور فكرة الشخصية المعنوية للدولة لم يتم حينئذ الا تدريجيا وببطء ، نتيجة الاعتراف لها بمالية خاصة ، وأجهزة — من موظفين وقضاة — تمثلها في القيام بالنشاط القانوني ، وبامتلاك الأموال ومنها الأرفاء ، وبالالتزام بالديون . ثم لم تلبث فكرة الشخصية أن مدت كذلك الى غير الدولة من جماعات القانون العام كالمدن والقرى .

أما في نطاق القانون الخاص ، وفي شأن الأشخاص المعنوية المؤلفة من جماعات من الأفراد ، فقد تدرج القانون الروماني من مبدأ الحرية الى مبدأ التقييد أو الترخيص . فبعد أن كان كافيا في مبدأ الأمر وفي عهد الجمهورية تمتع هذه الجماعات بالشخصية بمجرد تكوينها تكوينا حرا لا يخضع لترخيص أو اذن سابق طالما توضع لنفسها نظاما معيناً يحكمها ،

---

(١) Mazeaud, op. cit., t. I, No. 602.

(٢) انظر في ذلك :

Girard, Manuel élémentaire de droit romain, 6e éd., 1918, Nos. 149-151. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 890. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 597.

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق فقرة ٢٤٢ ، ص ٣٠٢ و ٣٠٣ .



انتهى الأمر في عهد الامبراطورية — بعد الدور الذي لعبته بعض هذه الجماعات في اثار الاضطرابات السياسية — الى حذر الدولة منها ، واخضاع تكوينها لترخيص أو اذن سابق من مجلس الشيوخ ، سواء كان خاصا بكل واحدة منها على حدة أو عاما في شأن جملة منها معا ، ولكن كان من شأن مثل هذا الترخيص أو الاذن منح هذه الجماعات الشخصية بصفة آلية مباشرة .

أما مجموعات الأموال المرصودة على تحقيق غرض معين — وهي المعروفة اليوم باسم « المؤسسات » — فلم يكن معترفا لها بكيان خاص وشخصية مستقلة في نظر القانون الروماني حتى عهد الامبراطورية السفلى ، وان كان يتحقق الغرض منها — رغم ذلك — عن طريق هبتها أو الايحاء بها الى شخص من الأشخاص مع تحميله عبء تخصيصها للغرض المقصود وهو غالبا غرض من أغراض البر والاحسان . ولم تمنح مثل هذه المجموعات أو المؤسسات الشخصية القانونية الا في العصر المسيحي منذ عهد « قسطنطين » ، حين اعترف بوجوب الحقوق لها وعليها وباعتبارها صاحبة ذمة خاصة متعلقة بالغرض المرصودة على تحقيقه ، مما ساعد على انتشارها وتشجيع الأفراد على رصد الأموال على الأديرة والكنائس والملاجئ والمستشفيات رعاية للدين ومساهمة في البر والخير .

٢ - الشريعة الاسلامية : سبق أن أشرنا الى أن فقهاء الشريعة الاسلامية كانوا يعرفون الشخصية تحت اسم « الذمة » ، ويجعلونها مناطا لأهلية الوجوب أو يجعلون الأهلية أثرا لها (١) . ولعل فهمهم للذمة بمعناها اللغوي على أنها العهد ، هو الذي تأدى بهم الى اعتبار اصطلاح « الذمة »

---

(١) انظر سابقا ، هامش (٤) ص ٧٠٧ و ٧٠٨ .



مرادفا لاصطلاح « الانسانية » ، والى اعتبار الذمة أو الشخصية وأهلية الوجوب بالتالى من خصوصيات الانسان وحده دون غيره ، تفريعا على انفراد الانسان بحمل الأمانة بمقتضى ما بين الله وبينه من عهد « ١ » .

ولذلك نستطيع أن نقول ان فقه الشريعة الاسلامية لم يعرف فكرة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية كنظرية عامة مؤصلة ، حيث انحصرت نظرتة الى الشخصية أو الذمة كما يسميها فى حدود الشخصية أو الذمة الطبيعية وحدها .

ولكن تخلف قيام نظرية مؤصلة للشخصية المعنوية أو الاعتبارية فى الفقه الاسلامى ، لاينفى وجود أحكام فرعية فيه لايمكن حملها الا محمل الاعتراف لبعض الجهات — سواء أكانت جماعة من الناس أو مجموعة من الأموال — بصلاحية الوجوب لها وعليها واعتبارها صاحبة للحقوق والالتزامات ، مما يعنى أن الفقه الاسلامى — وان لم يصرح أو يقصد — قد أثبت لهذه الجهات مقومات الشخصية . فمن ذلك ، مايجب لبيت المال

---

(٣) انظر فى هذا المعنى خاصة ماينقله الأستاذ محمد سلام مذكور عن فخر الاسلام البزدوى من أن « الذمة نفس لها عهد ، وان الآدمى لا يخلق الا وله هذا العهد والذمة ، أى لا يخلق الا وهو اهل للإيجاب والاستيجاب ، بناء على العهد الذى جرى بين الرب والعبد كما تشير اليه الآيات الكريمة : « واذا اخذ ربك من بنى آدم من ظهورهم ذريتهم وأشهدهم على أنفسهم » ، « وكل انسان ألزمناه طائره فى عنقه » ، « انا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها الانسان » ؛ فقد ثبت للناس جميعا بسبب هذا العهد ذمة كانوا بها أهلا للوجوب » ( محمد سلام مذكور ، المال والالتزام فى الفقه الاسلامى ، اسكندرية ، ١٩٥٢-١٩٥٤ ، ص ١٩٨ و ١٩٩ ) .

وانظر كذلك :

أحمد ابراهيم ، الأهلية وعوارضها والولاية والشرع الاسلامى ، المقالة السابقة ، ص ٣٥٢ و ٣٥٣ . المرجع المذكور ، مجموعة القوانين المصرية المختارة من الفقه الاسلامى ، الجزء الثالث ، قانون الوفاق ، ١٩٤٩ ، فقرة ٥٥٤ ، ص ٨٢٠ و ٨٢١ . محمد يوسف مكي ، المرجع السابق ، فقرة ٣١٦ ، ص ٢٢٠ و ٢٢١ .



من جزية وخراج ولقطة وتركة من لا وارث له ، وما يجب عليه من نفقة من لاعائل له من الفقراء ؛ وما يجوز من الوصية للمسجد أو المستشفى بحيث تكون له ملك العين وغلتها «<sup>١</sup>» ؛ بل وما يعتبر ملكا لجهة الوقف مما يشتره القيم من غلته ، وما يقع عليها من أداء الاستدانة الصحيحة ، وما يصح من اختصاصها أمام القضاء والقضاء لها أو عليها «<sup>٢</sup>» .

ولذلك يذهب بعض المعاصرين من فقهاء الشريعة الإسلامية الى تأكيد وجود فكرة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية في الفقه الإسلامي ، قولا بأن « هذه الأحكام وأشباهاها وهي كثيرة جدا لا تقوم الا على أساس الذمة الاعتبارية والأهلية المفترضة . وإذا نفى الفقهاء الذمة وأهلية الوجوب عن غير الانسان المعين ، فانهم لا ينفون الا الذمة والأهلية الحقيقيتين اللتين تنشآن عن العهد والعقد ، ولا يعنون الذمة والأهلية الاعتباريتين . ومادام ( فقهاء الشريعة الإسلامية ) يقولون بذلك ويعتبرون الجهات في الوجوب لها وعليها ، فانهم قائلون حتما بالشخص الاعتباري الذي تعترف به القوانين الوضعية ، ويقولون به بأوسع المعاني . ويستوى فيه من سيكون انسانا بعينه ، ومن كان انسانا بعينه ، والجهة من الجهات سواء أكانت جماعة من الناس أم لم تكن من الآدميين أصلا . وإذا كان الفقه الإسلامي لا يتفق مع القوانين الوضعية في بعض أفراد الشخص الاعتباري ، فليس معنى هذا أنه لا يقول به » «<sup>٣</sup>» .

(١) انظر في ذلك :

محمد فرج السنهاوري، المرجع السابق، فقرة ٥٥٥، ص ٨٢٢ و ٨٢٣ .  
محمد سلام مذكور ، المرجع السابق ، ص ١٩٩ و ٢٠٠ . — محمد يوسف موسى ، الفقه الإسلامي ؛ مدخل لدراسته ، نظام المعاملات فيه ، ١٩٥٤ ، فقرة ٣١٧ ، ص ٢٢١ .

(٢) محمد فرج السنهاوري ، المرجع السابق ، فقرة ٥٥٦ ، ص ٨٢٤ و ٨٢٥ .

(٣) محمد فرج السنهاوري ، المرجع السابق ، فقرة ٥٥٥ ، ص ٨٢٣ .  
وانظر كذلك في تأكيد الشخصية المعنوية في الفقه الإسلامي، وخاصة للوقف :

Milliot, Introduction à l'étude du droit musulman 1953, No. 630, p. 539.



(٢) الشرائع الحديثة : اذا كان هذا هو حظ فكرة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية من الوجود والتأصيل في بعض الشرائع القديمة ، فإن حظها من ذلك أكبر في ظل الشرائع الحديثة حيث باتت — وخاصة في التقنين الألماني والسويسري والايطالي والمصري — مؤصلة مفصلة كنظرية مسلمة ، وان تكن هذه الشرائع لا تتفق اتفاقا تاما على أحكام الشخصية المعنوية ولا على أفراد وأنواع الشخص المعنوي «١» . ونكتفى في بيان تطور فكرة الشخصية المعنوية في الشرائع الحديثة بتتبع هذا التطور في القانون الفرنسي وفي القانون المصري .

١ - القانون الفرنسي «٢» : اذا كان السائد في القانون الفرنسي القديم هو الربط بين تكوين الشخص المعنوي وبين منحه الشخصية المعنوية بحيث يعتبر الترخيص اللازم لتكوينه كافيا لمنحه الشخصية ، فقد جاءت الثورة الفرنسية بالفصل بين الأمرين نتيجة ما أعلنته من حرية الاجتماع ، فأصبح تكوين الجماعات حرا طليقا من التقييد بترخيص به دون أن يثبت لها هذا التكوين بذاته الشخصية ، بل يعلق ثبوت الشخصية لها على اعتراف المشرع وترخيصه .

---

(١) اذا كانت القوانين الانجلوسكسونية بوجه عام والقانون الانجليزي بوجه خاص تسلم بفكرة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية، فهي — على خلاف القوانين الغربية الأخرى — لا تتوسع في منحها ، ولذلك تستغنى في بعض الأحوال عن فكرة الشخصية المعنوية بفكرة « الأمانة ( trust ) » ، وعن الشخص المعنوي بالأمين ( trustee ) .

انظر في ذلك :

Saleilles, op. cit., pp. 304, 426, 427, 480, 618. — Roguin, op. cit., t. II, Nos. 736, 737, pp. 407 - 409. — Curti, Manuel de droit civil et commercial anglais, t. I, Droit civil, 1928, p. 29.

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ١٩٥٨ ، ص ٢٢٢ .

(٢) راجع في ذلك :

Capitant, op. cit., Nos. 154 - 156, pp. 204 - 221. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, Nos. 891-894. — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 598-601. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1050.



ولكن اطلاق حرية الاجتماع — رغم تقييد منح الشخصية المعنوية — كان لا يخلو من الأخطار ، اذ تشكل الجماعات وخاصة السياسية منها — حتى وهي مجردة من الشخصية — خطرا يهدد السلطات العامة . ولذلك عمد « ناپليون » — وهو الحريص على تقوية السلطة التنفيذية وحمايتها من مثل هذا الخطر — الى القضاء قضاء يكاد يكون تاما على ما كان مقرا من اطلاق حرية الاجتماع ، بحيث غدا من اللازم — في شأن الجماعات — الحصول على ترخيص بتكوينها ثم الحصول على ترخيص آخر بمنحها الشخصية المعنوية . ولكن هذا التخوف من خطر الجماعات على الدولة اذا كان له مايرره في شأن الجمعيات ، فهو غير قائم في شأن الشركات نظرا لانحصار غرضها في تحقيق الربح ، ولذلك ظلت الشركات التجارية بوجه عام — ماعدا الشركات المساهمة — متمتعة بنظام من الحرية في تكوينها وفي شخصيتها على السواء ، بحيث تتكون وتثبت لها الشخصية دون توقف على ترخيص خاص .

وظل نظام الترخيص المزدوج هو السائد طوال معظم القرن التاسع عشر في شأن الجمعيات ، الى أن ابتدأ تيار الحرية يشتد منذ أواخر هذا القرن حين ألغى الترخيص بالنسبة للشركات المساهمة بقانون سنة ١٨٦٧ وأبيح تكوين النقابات مع منحها الشخصية المعنوية بقانون سنة ١٨٨٤ ، ثم تأكد هذا التيار نهائيا وساد بقانون سنة ١٩٠١ الذي أطلق حرية الاجتماع ومنح الجمعيات الشخصية المعنوية بقوة القانون دون ترخيص خاص سابق . وبذلك لم تعد الشخصية المعنوية للجمعيات منحة فردية من السلطة العامة ، بل حقا عاما لكل جمعية مشروعة تعلن تكوينها ونظامها ومديرها ، فحل مبدأ « التنظيم القانوني » أو « الترخيص العام » محل مبدأ « الترخيص الخاص » « ١ » . ولكن هذا القانون لم يكن ينصرف الى المؤسسات ،

(١) Capitant, op. cit., No. 155, p. 209. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 893, p. 712,



فطلت خاضعة للنظام السائد في القرن التاسع عشر المعلق ثبوت الشخصية المعنوية لها على ترخيص خاص بالاعتراف بالمنفعة العامة .

٢ - القانون المصرى : لم يعن المشرع المصرى الى قريب بوضع قواعد عامة تؤصل نظرية للشخصية المعنوية أو الاعتبارية . ولكن التشريع المصرى لم يكن يخلو على أى حال من نصوص تعتبر تطبيقات جزئية لفكرة الشخصية المعنوية ، كـ بعض نصوص التقنين التجارى ونصوص بعض القوانين الخاصة المتعلقة بأنواع معينة من الجمعيات . غير أن القضاء المصرى لم يحصر فكرة الشخصية المعنوية فى نطاق هذه النصوص وحدها ، بل توسع فيها وبسطها على كثير من جماعات الأشخاص وبعض مجموعات الأموال ، فاستقر على الاعتراف بالشخصية للجمعيات مادامت تهدف الى أغراض مشروعة خاصة وأن دستور سنة ١٩٢٣ كان يقرر أن للمصريين حق تكوين الجمعيات « ١ » ، وعلى الاعتراف بالشخصية كذلك للشركات ماعدا شركات المحاصة « ٢ »

(١) انظر : الاسكندرية المختلطة ١٩ مارس ١٩٢٣ ، المحاماة ٥ ، رقم ١٤٩ ، ص ١٦٣ . - مصر الاهلية ( استثنائى ) ٢٥ مايو ١٩٢٥ ، المحاماة ٥ / ٦١٨ / ٧٥٠ . - وكذلك مصر الكلية ( مستعجل ) ٢٠ مارس ١٩٤٠ ، المحاماة ٢٠ / ٥١٤ / ١٢٣٢ ، حيث يقرر الحكم أنه « اذا كان قد صدر قانون خاص بتنظيم بعض النقابات أو الهيئات . . . ، فان هذا لايعنى بطريق القياس العكسى حظر الهيئات الأخرى أو انكار الشخصية المعنوية لها ، إذ الأباحة هى الأصل والحظر هو الاستثناء ، ولأن المادة ٢١ من الدستور المصرى ( لسنة ١٩٢٣ ) نصت على أن للمصريين حق تكوين الجمعيات ، وان عقت على ذلك بأن كيفية استعمال هذا الحق سببها القانون وهو لم يصدر . . . ويكاد يجمع الراى القانونى - فقها وقضاء - على اسناد الشخصية القانونية للجمعيات متى توافر فيها قوام الشخصية المعنوية الذى يتها بأمرين : ١ - أن تكون للجمعية كينونة مستقلة فى مالها عن أموال الافراد الذين تتألف منهم وفى ذاتيتها عنهم ، فتبقى وان تغير هؤلاء . ٢ - أن يكون لها نظام يبين ارادة مجموع الافراد ، أو بعارة أخرى أن يكون لها نظام يمكن الهيئة من استعمال حقوقها بواسطة نواب عنها . ومتى تها هذا القوام بتوافر الأمرين المذكورين اكتسبت الجمعية الشخصية المعنوبة ، إذ لا تستطع أن تخدم الغرض الذى انشئت من أجله إلا باسناد هذه الشخصية اليها ، بشرط أن يكون هذا الغرض مشروعاً ولا يخالف النظام العام أو الآداب . . . » .

(٢) انظر بصفة خاصة : نقض ٣١ يناير ١٩٤٦ ، مجموعة عمر (مدنى) ، ج ٥ ، رقم ٣١ ، ص ٧٢ .



وللأوقاف «١» ؛ ولكنه لم يصل الى حد اسباغ الشخصية المعنوية على المؤسسات اكتفاء بما كان يغنى عنها من الأوقاف .

وقد حرص المشرع المصرى أخيرا على تقنين هذا القضاء واكماله خاصة فيما يتعلق بمنح المؤسسات الشخصية المعنوية أو الاعتبارية، فعنى فى التقنين المدنى الجديد بوضع قواعد عامة تحكم الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية وتبين أنواعها المختلفة . غير أنه لم يلبث بالقانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ أن أعاد من جديد تنظيم الجمعيات والمؤسسات الخاصة ، ناسخا بذلك مواد التقنين المدنى وغيره من القوانين الأخرى المتعلقة بهذا التنظيم .

### ٣٢٧ - منهج البحث

قد يكون من المنطق - فى دراسة الشخص المعنوى أو الاعتبارى - الوقوف أولا على الأصول العامة التى تحكم الشخصية المعنوية أو الاعتبارية، قبل بيان أنواع الشخص المعنوى أو الاعتبارى المختلفة عاما كان هذا الشخص أو خاصا .

ومن ثم ، تقسم هذا الفرع الى مبحثين :  
المبحث الأول - فى النظرية العامة للشخصية الاعتبارية .  
المبحث الثانى - فى أنواع الشخص الاعتبارى .

---

(١) انظر نقض ٢٦ ابريل ١٩٣٤ ، مجموعة عمر (مدنى) ، ج ١ ، رقم ١٧٥ ، ص ٣٧٠ ، حيث يقرر الحكم أن « الوقف شخصية مستقلة عن الناظر وعن المستحقين ، وثمره أعيانه مملوكة له يستوفى هو منها مايلزم للمحافظة على كيانه . . . فليس لدائن المستحق فى الوقف أن يعمد الى المحصولات الزراعية الناتجة من أرض الوقف فيحجز عليها فى مخازن الوقف حجزا تنفيذيا ، على اعتبار أنها مملوكة ملكا خاصا لمدينه ، فان حجز عليها كذلك فحجزه باطل » .



## المبحث الأول

### النظرية العامة للشخصية الاعتبارية

#### ٣٢٨ - تمهيد وتقسيم

إذا كان الاعتراف بوجود الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية قد أصبح أمرا واقعا ومسلما في القوانين الوضعية الحديثة ، إلا أن الخلاف ما يزال قائما في الفقه حول طبيعة هذه الأشخاص وتكييفها ، وإن كان الراجح - كما سنرى - أن الشخصية الاعتبارية حقيقة واقعية وليست مجرد حيلة صناعية . ومع ذلك فإنها في طبيعتها هذه تختلف بعض الاختلاف المحتوم عن الشخصية الطبيعية نتيجة الاختلاف بينهما في التكوين ، مما يظهر أثره خاصة في كيفية ابتدائها ، وتحديد مداها وأهلية وجوبها ، وتعيين علاماتها وخصائصها المميزة ، ورسم كيفية سيرها ونشاطها ، وتحديد طرق انقضاءها وانحلالها .

ولذلك تقسم هذا المبحث على النحو التالي :

- المطلب الأول - في طبيعة الشخصية الاعتبارية .
- المطلب الثاني - في ابتداء الشخصية الاعتبارية .
- المطلب الثالث - في مدى الشخصية الاعتبارية .
- المطلب الرابع - في مميزات الشخصية الاعتبارية .
- المطلب الخامس - في نشاط الشخصية الاعتبارية .
- المطلب السادس - في انقضاء الشخصية الاعتبارية .



## المطلب الأول

### طبيعة الشخصية الاعتبارية

٣٢٩ - الخلاف حول طبيعة الشخصية الاعتبارية وأهميته العملية

احتدم الجدل في الفقه حول طبيعة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ، هل هي مجرد افتراض وحيلة صناعية أم حقيقة من الحقائق الواقعية . وليس مثل هذا الخلاف - كما قد يبدو في الظاهر - خلافا نظريا مجرد القيمة من الناحية العملية . ذلك أن تفاوت النظرة هذا التفاوت الى تكييف وتأصيل الشخصية الاعتبارية ، ينعكس أثره من الناحية العملية على مسائل كثيرة ، مثل تحديد مدى سلطان المشرع ازاء الأشخاص الاعتبارية ، وكيفية تعيين جنسيتها ، وامكان تقرير أو عدم تقرير مبدأ مسئوليتها الجنائية والمدنية ، وتبرير الحد من مدى أهليتها ، وتحديد أسباب وتاثيرات انقضائها (١) .

وقد تنازعت نظريتان رئيسيتان أمر تكييف الشخصية الاعتبارية وتحديد طبيعتها : نظرية تقول بافتراضية الشخصية الاعتبارية ، وان كان أنصارها يختلفون بعد ذلك حول استبقاء هذه الشخصية الافتراضية أو استبدال غيرها بها ؛ ونظرية ثانية تقول بحقيقة الشخصية الاعتبارية ، وان كان أنصارها كذلك لا يتفقون على مفهوم أو تبرير واحد لهذه الحقيقة . فنعرض أولا لنظرية الشخصية الافتراضية ( Théorie de la personnalité fictive ) ثم لنظرية الشخصية الحقيقية ( Théorie de la personnalité réelle ) ، لنرى من بعد - على ضوء تقدير النظريتين - جوهر حقيقة الشخصية الاعتبارية ومقوماتها .

---

(١) انظر في ذلك :

Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 242.



### ٣٣٠ - نظرية الشخصية الافتراضية (١)

لم يكن بمستحدث أمر النظر الى الشخصية الاعتبارية بوصفها افتراضا وخلقاً صناعياً من قبل المشرع ، فهذا النظر قديم منذ أيام الرومان «<sup>٢</sup>» ، ولكنه لم يتبلور في شكل نظرية محددة مستقرة الا منذ أوائل القرن التاسع عشر. وقد ظلت لهذه النظرية السيادة في الفقه الألماني «<sup>٣</sup>» طوال النصف الأول من هذا القرن ، وفي الفقه الفرنسي طوال معظم هذا القرن «<sup>٤</sup>» . وسنرى من مناقشة فقه هذه النظرية وأسسها أنها غير مقبولة ، وأنه ليس أقل منها في عدم التوفيق والقبول ماتولد عنها من محاولات الاستغناء عن الشخصية الاعتبارية .

(١) عرض النظرية : تقوم هذه النظرية على أن الانسان وحده هو الذي تثبت له الشخصية في نظر القانون . واذا كان القانون ، فضلا عن ذلك ، يعترف — في أحوال معينة — لغير الانسان بالشخصية فيخلعها على

(١) راجع ، بصفة خاصة ، في عرض هذه النظرية ونقدها :

Saïlles, op. cit., pp. 306-386. — Roguin, op. cit., t. II, Nos. 711-714, pp. 376-379. — Bonnetcase, op. cit., t. IV, Nos. 61 bis et s. — Michoud, op. cit., t. I, Nos. 6-15 bis, pp. 16-38. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 243. — De la Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 390. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 593. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1048.

عبد الله العربي ، المقالة السابقة ، ص ١٠٠ - ١١٠

(٢) Saïlles, op. cit., p. 310.

(٣) تنسب هذه النظرية عادة الى « سافيني » . ولكن يبدو أن ثم مبالغة في ذلك ، اذ نظريته عن افتراضية الشخصية الاعتبارية كانت نسبية لمطلقة ؛ فقد كان الأشخاص الاعتبارية للقانون الخاص وحدها هي الافتراضية ، بينما كان يعد الأشخاص الاعتبارية للقانون العام أشخاصا حقيقية . ولم يتج لنظريته أن تبسط وتعمم على كل الأشخاص الاعتبارية دون تفرقة الا من بعده وعن طريق الفقه الفرنسي

( انظر في ذلك : Bonnetcase, op. cit., t. IV, Nos. 61 bis 65; 69-75 )

(٤) انظر في تبرير استطالة امد سيادة هذه النظرية في الفقه الفرنسي دون الفقه الألماني :

Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 895.



جماعات من الأشخاص أو مجموعات من الأموال حتى يثبت لها صلاحية في اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، فانما يتوصل الى ذلك — تحقيقا لهذا الغرض — عن طريق حيلة صناعية بحت وافترض قانوني محض ، بتشبيه هذه الجماعات من الأشخاص وتلك المجموعات من الأموال بالانسان ، رغم ما في ذلك من مخالفة واضحة لحقائق الواقع . وبذلك لا يكون لمثل هذه الأشخاص الاعتبارية وجود حقيقي كالانسان ، وانما يكون لها مجرد وجود صناعي من خلق القانون .

فنقطة الابتداء اذن عند هذه النظرية ، هي أن الانسان هو الشخص الوحيد الحقيقي في نظر القانون . وتلك مقدمة تقوم على أساس من اعتبار الشخصية القانونية مرادفة للشخصية الفلسفية أو النفسية من ناحية ، ومن فقه المذهب الفردي من ناحية ثانية ، ومن تعريف الحق تعريفا شخصيا من ناحية ثالثة .

فاعطاء الشخصية في نظر القانون نفس مدلولها في نظر الفلسفة والأخلاق وعلم النفس ، يعنى أنها لاتصدق أصلا الا على الانسان وحده ، وأن القانون في اثباتها له لا يقوم بدور المنشئ أو الخالق وانما يقنع بدور المقرر للواقع ؛ فيكون اعترافه بها — فيما وراء ذلك — لبعض جماعات الأشخاص أو مجموعات الأموال عملا افتراضيا مخالفا للطبيعة والواقع وخلقاً تحكيميا من صنعه والنشائه .

والمذهب الفردي يقوم على النظر الى الفرد أو الانسان باعتباره محور القانون بحيث لا يوجد القانون الا من أجله وبقصد كفالة تمتعه بحقوقه . ولذلك فان القانون لا يخلق شخصية الانسان ولا حقوقه وانما يقتصر على مجرد الاعتراف بها ليتولى من بعد كفالتها وحمايتها ، فلا موضع اذن لوجود شخص معنوي أو اعتباري الى جنب الانسان الذي تفرض الطبيعة شخصيته ، وان وجد فلا يعدو أن يكون كائنا وهميا من خلق القانون وصنعه .

والاتجاه الشخصى في تعريف الحق يقوم في جوهره على رد الحق الى قدرة ارادية لدى صاحبه ، بحيث لا يتصور ثبوت الحق الا للانسان وحده



باعتباره — بحسب طبيعته — الكائن الوحيد ذا الارادة ، مما يجعل اثبات الشخصية أو صلاحية اكتساب الحقوق لغير الانسان مجرد تحايل من قبل القانون يسبغ على الشخص المعنوى أو الاعتبارى ارادة لا يثبتها له الواقع . والنظر الى الشخصية المعنوية أو الاعتبارية على أساس أنها مجرد خلق صناعى وافترض بحت لا يستند الى حقيقة واقعة ، يولد عند أنصار هذه النظرية نتائج عملية معينة ، منها اطلاق يد المشرع وسلطانه فى أمر الشخصية الاعتبارية ، بحيث يكون هو المتحكم فى منحها أو منعها ، وهو صاحب القول الفصل فى بقائها ان شاء مد فى حياتها وان شاء أنهاها . ومنها الحد من حقوق الشخص الاعتبارى وحصر أهليته فى نطاق لاتعدوه هو نطاق الغرض من وجوده ، وهو مايعنى تخصيصه بهذا الغرض وحده . ومنها كذلك امتناع تقرير مسئولية الشخص الاعتبارى الجنائية والمدنية على السواء ، لأن القصد الجنائى والخطأ الشخصى — وهما يتطلبان الوعى والارادة والادراك — لايتصور نسبتهم الى شخص وهى افتراضى لوجود حقيقى له « ١ » .

(٢) تقدير النظرية : واضح أن نظرية الافتراض فى تأصيل الشخصية الاعتبارية انما تقوم على مقدمة غير مسلمة . فالقول بأن الانسان وحده هو الذى تثبت له الشخصية فى القانون ، باعتبار ذلك من قبيل المسلمات البديهية المحتومة ، قول يعوزه الدليل ويصح لذلك نعتة بما ينعت به الشخصية الاعتبارية من افتراض . وهو انما يقوم على خلط ظاهر ، ينبغى توقيه ، بين مدلول الشخصية فى القانون وبين مدلولها فى الفلسفة والأخلاق وعلم النفس . بينما الثابت أن مدلول الشخصية فى القانون أوسع نطاقا وأرحب مدى من مدلولها الفلسفى أو النفسى ، اذ يتسع للانسان ولغير الانسان ، لأنه يفيد مجرد الصلاحية لوجوب الحقوق والالتزامات ،

(١) راجع، بصفة خاصة، فى تفصيل النتائج المتفرعة على نظرية الافتراض ' Saleilles, op. cit., pp. 312 - 360.

هيد الله العربى ، المقالة السابقة ، ص ١٠١ - ١٠٥ .



ومناطق هذه الصلاحية هو القيمة الاجتماعية ، وهي غير محصورة في الانسان أو مقصورة عليه وحده ، بل تجاوزه لتثبت كذلك لغيره من الكائنات المتميزة المنظمة التي تستهدف تحقيق مصالح انسانية سواء في شكل جماعات من الأفراد أو مجموعات من الأموال «١» .

وكذلك فان هذه النظرية انما تستند الى تعريف خاص للحق ليس هو التعريف السائد ولا المقبول . فهي ترى في الحق قدرة ارادية ، وترى الانسان — بحسب طبيعته — هو الكائن الوحيد ذا الارادة ، فتنتهي الى أن الشخصية أو صلاحية اكتساب الحق تنحصر في الانسان . وقد سبق أن أظهرنا قصور مثل هذا التعريف للحق بالتدليل على ثبوته وتوافر الصلاحية لاكتسابه للمجنون وللصغير غير المميز والارادة لدهما معدومة «٢» . واذا لم يصح اعتبار الارادة مناط الحق ولانطاق الشخصية بالتالي ، فليس ما يمنع اذن من اسناد الحق والشخصية الى غير الانسان من كائنات جماعية منظمة منعدمة الارادة كما يسندان الى عديمي الارادة من الناس «٣» .

وفضلا عن ذلك ، فان هذه النظرية التي كتبت لها السيادة في الفقه منذ مطلع القرن الماضي نتيجة ارتكازها على النزعة الفردية المنتصرة حينذاك غداة الثورة الفرنسية بما تحمله من عداء سافر للجمعيات التي تتوسط بين الفرد والدولة ، قد عرضت نفسها بهذا الارتكاز لماوجه الى هذه النزعة من انتقادات . ولذلك لم تلبث هذه النظرية أن افتقدت سندا كبيرا تضاهل بتأييد الفقه لها منذما هوجمت النزعة الفردية وأخذت في الانحسار أمام النزعة الاجتماعية في النصف الثاني من القرن الماضي ، اذ تزعر منذئذ النظر الى الفرد الانساني باعتباره محور القانون وغايته وتلاشت المخاوف بالتالي على كيان الفرد من وجود الجمعيات .

(١) راجع سابقا ، ص ٦٩٧ و ٦٩٨ و ٧٠٦ و ٧٠٧ .

(٢) انظر سابقا ، فقرة ٢٣٦ .

(٣) في هذا المعنى :

Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 243.



ويبقى بعد ذلك أن نأخذ على هذه النظرية خطورة النتائج التي يحتملها منطقها . فهي حين تنظر الى الشخص الاعتباري بوصفه شخصا وهميا افتراضيا ، لاتحل المشكلة الضخمة التي تختفي وراء فكرة الشخصية الاعتبارية وهي مشكلة تحديد من يعتبر مالكا لأشياء غير مملوكة لانسان بعينه ، كما هي الحال في صورة جماعات الأفراد أو مجموعات الأموال ؛ أو هي تحلها على نحو غير معقول أو مقبول باعتبار أن المالك هو ذلك الشخص الاعتباري الافتراضي الذي لاوجود حقيقي له ، وهو ما يعنى في الواقع أن هذه الأشياء سائبه غير مملوكة لأحد «١» .

ومن ناحية أخرى ، فان منطق هذه النظرية في اطلاقه يحتم اعتبار الدولة نفسها شخصا افتراضيا وهميا ، وليس يخفى خطر مثل هذه النتيجة على القانون وعلى الجماعة وفكرة السيادة فيها . واذا كان بعض أنصار هذه النظرية يتحايلون - لتفادي هذه النتيجة - بالقول ان الدولة شخص اعتباري حقيقي لأن وجودها ضروري محتوم «٢» ، ففي ذلك القضاء على النظرية «٣» واستقامة منطقها . اذ كيف تكون الشخصية الاعتبارية افتراضا، كما يدعون ، وتعفى شخصية الدولة من هذا الوصف ؟ . وكيف يتأتى اعتبار شخصية الدولة حقيقيه ومقدمة النظرية تسلم أن الانسان وحده هو الشخص الحقيقي ؟ . واذا كان معنى ذلك هو هدم هذه المقدمة وامكان تصور شخصية اعتبارية حقيقية ، فلم تقصر اذن على الدولة بينما تظل الأشخاص الاعتبارية الخاصة وحدها هي الافتراضية ؟ ! . . .

واذا كانت ثم دلالة تستخلص من اضطرار أنصار هذه النظرية الى الاعتراف بأن شخصية الدولة الاعتبارية شخصية حقيقية ، فهي أن فكرة الشخصية الاعتبارية في ذاتها انما تعتبر مفروضة على القانون كضرورة

---

(١) في هذا المعنى :

Michoud, op. cit., t. I, No. 8, p. 19.

(٢) انظر في الاشارة الى هذا القول والى أصحابه :

Bonnecase, op. cit., t. IV, pp. 111, 120, 121, 138.

Michoud, op. cit., t. I, No. 12, p. 28. (٣)



اجتماعية تقتضيها حاجات المجتمع الضخمة المستمرة وقصور الفرد الانساني بمفرده عن تحقيقها نظرا لجهده المحدود وعمره الموقوت . واذا كان هؤلاء الفقهاء قد وقفوا في تبين هذه الضرورة الواقعية المفروضة عند شخص الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة وحدها ، فلأنهم قنعوا بأول وأقدم صورة عرفت الجاعات للشخصية الاعتبارية . ولو أنهم تابعوا استقراء التاريخ في تطوره وتسلسله ، لوقفوا على أن الأشخاص الاعتبارية الخاصة من جمعيات وشركات ومؤسسات لا تقل عن شخصية الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة الأولى كضرورة اجتماعية وحقيقة واقعية ؛ وآية ذلك أنها دائما كانت تعود الى الحياة من جديد كلما ظنت الشرائع والقوانين المتعاقبة أنها استأصلتها وقبرتها ، مما جعلها اليوم ثابتة بقوة الحقائق الواقعية والحاج الضرورات الاجتماعية وحمل القانون على التسليم والاعتراف بوجودها ككائن حقيقي لا كخلق صناعي «<sup>١</sup>» .

واذا كانت النظرية تفتقد ، على هذا النحو ، الأسس المسلمة والمنطق المستقيم وتفضي الى نتائج غير مقبولة أو واقعية ، فهي حقيقة اذن بما يخطئه الفقه الحديث تجاهها من رفض واعراض .

**(٣) محاولات انكار الشخصية الاعتبارية والاستغناء عنها تائرا بصفاتها الافتراضية المزعومة ، وعدم توفيق هذه المحاولات :**  
اذا كانت هذه النظرية قد راجت عند كثير من فقهاء القرن الماضي ، فانهم كانوا يؤمنون في مجموعهم بضرورة الابقاء على فكرة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية — رغم أنها ليست عندهم الا فكرة صناعية افتراضية — نظرا لما تحققه من فوائد عملية جمة .

ولكن هذا الموقف لم يجد صدى عند فقهاء آخرين حريصين على استقامة منطق القانون وتخليصه من الأفكار الافتراضية المصطنعة .

---

(١) في هذا المعنى :

Michoud, op. cit., t. I, No. 14. — Capitant, op. cit., No. 158, p. 214.



اذ مادامت الشخصية الحقيقية الوحيدة هي شخصية الانسان ، فهم يرون أن دفع المنطق الى انتهاء يحتم انكار فكرة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية واستبعادها من نطاق القانون ؛ غير أن هذا الاستبعاد لا يكون مجديا الا باحلال أسس وأفكار أخرى واقعية محل هذه الفكرة الافتراضية . ولكنهم يختلفون بعد ذلك في تحديد هذه الأسس والأفكار البديلة . فيستغنى البعض بفكرة الغرض عن فكرة الشخصية فيما يعرف بنظرية الحق دون صاحب أو نظرية ذمة التخصيص ، ويستغنى عنها بعض آخر بصورة خاصة من الملكية فيما يعرف بنظرية الملكية الجماعية أو المشتركة «<sup>١</sup>» .

## ١ - نظرية الحق دون صاحب أو ذمة التخصيص «<sup>(٢)</sup>» : سبق أن عرضنا لهذه النظرية

(١) نذكر هنا كذلك بانكار « ديجي » الشخصية المعنوية أو الاعتبارية تفريعا على منطقة في اناطة الشخصية بالارادة بوصفها صلاحية لخطاب القانون لا لوجوب حق مزعوم ( انظر سابقا ، هامش (٣) ص ٦٩١ ) . وهو يرى أن الفقه السائد مخطيء اذ يعتقد بلزوم الشخصية الاعتبارية كوسيلة ضرورية لكفالة استمرار الغرض من تجمع الأفراد أو من رصد الأموال ، ولقدرة الارادة على توليد اثر قانوني موافق لهذا الغرض . ذلك أن الاثر القانوني انما ينحصر عنده في اعطاء وسيلة أو دعوى قانونية ، وليست الارادة الفردية المدفوعة بالغرض الجماعي بحاجة لافتراض تمثيلها بشخصية يتجسد فيها مثل هذا الغرض ، مادام أن التعبير عنها ليس هو الذي يولد الاثر القانوني وانما هو مجرد شرط النشوء مركز موافق للقانون ومكفول الحماية بالتالي :  
(Duguit, op. cit., t. I, § 48, p. 532)

وعلى هذا النحو ، يفنى عن اصطناع شخصية افتراضية للدولة أو الجمعيات أو المؤسسات ، القول بأن ارادة الحكام أو المتجمعين أو المنشئين مادامت تستهدف غرضا مشروعاً ومحملاً موافقا للقانون فيتحقق — بالتعبير عنها — شرط نشوء مركز يحميه القانون بوسائل ودعاوى قانونية .  
( Duguit, op. cit., t. I, § 46, § 47, § 63, notamment, pp. 509-510; 516; 672-674 )

وانظر خاصة في انتقاد هذا التصوير :

Michoud, op. cit., t. I, Nos. 21-23. — Génv, Science et technique, op. cit., t. IV, pp. 192-198.

(٢) انظر في ذلك بوجه خاص المراجع المشار اليها سابقا ، ص ٦٧١ هامش (٢) ، وص ٦٩٢ هامش (٤) .  
وانظر كذلك : =



التي تنسب أساسا الى الفقيه الألماني «برنز» (١)، وقلنا انها قامت على أساس اعتبار الانسان وحده هو الشخص الحقيقي في نظر القانون ، وأن الشخص المعنوي أو الاعتباري مجرد افتراض وتحايل قانوني من الواجب الاستغناء عنه . ويعني عنه ، عند هذه النظرية ، الوقوف عند الغرض من تجمع جماعة من الأفراد أو رصد مجموعة من الأموال . فما دام هذا الغرض جديرا بالتحقيق والحماية ، وكانت وسيلة ذلك الاعتراف بحقوق والتزامات تتعلق به ، فيكفي وجود هذا الغرض — دون حاجة تلجئ الى اصطناع شخص وهمي اعتباري لوجود حقيقي له — لكي تنسب اليه هذه الحقوق والتزامات ، وتسند اليه بالتالي ذمة مالية تضم مجموع ما يتخصص به من هذه الحقوق والتزامات . فالغاية العملية من اصطناع فكرة الشخصية المعنوية ، وهي وجود مركز تسند اليه الحقوق والتزامات والذمة المالية التي ليس لها صاحب معين من أشخاص الناس ، يمكن تحقيقها عن طريق أقصر وأكثر واقعية بالاكتماء بأن يكون هذا المركز غرضا لا شخصا، مادام استلزام الشخصية في شأنه لا يتحقق الا على حساب مخالفة الواقع والاندفاع في طريق الاصطناع والافتراض ، ومادامت قيمة الحق وأساس الاعتراف به انما تكمن فيما يحققه من غرض لا فيمن يسند اليه من شخص أو صاحب . وعلى هذا النحو ، يكفي أن نواجه الواقع ونقول ان هناك حقوقا والتزامات وذمة مالية مستقلة تسند الى الغرض من قيام جمعية أو شركة أو مؤسسة ما وتكون بمعزل عما لكل عضو أو شريك أو منشئ أو منتفع من حقوق والتزامات وذمة خاصة به ، بدل أن نصطنع للجمعية أو الشركة أو المؤسسة شخصية وهمية لوجود حقيقي لها توصلنا الى ترتيب نفس النتيجة .

Boncase, op. cit., t. IV, Nos. 50, 51. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 248.

عبد الله العربي ، المقالة السابقة ، ص ٨٤٧-٨٥٠ .

(١) راجع سابقا ، ص ٢٦٣ ؛ وفقرة ٢٦٩ ص ٦٩٢ - ٦٩٦ .



ب - نظرية الملكية الجماعية او المشتركة (١) : تنسب هذه النظرية خاصة الى الفقيهين الفرنسيين « پلانيول » (٢) و « برتيلمي » (٣) ، وان كان لها - مع اختلاف في التفصيل (٤) - أنصار آخرون غيرهما (٥) ، وكانت في أصلها أقدم منهما اذ ترد نواتها الى الفقيه الألماني « اهرنج » (٦) .

(١) راجع ، بصفة خاصة ، في عرض هذه النظرية ونقدها :

Saleilles, op. cit., pp. 387-475. — Michoud, op. cit., t. I, Nos. 26-30. — Roguin, op. cit., t. II, Nos. 721-727, pp. 387-394. — Bonnecase, op. cit., t. IV, Nos. 39-49. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 248. — Capitant, op. cit., No. 159, pp. 215-218. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 896. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 68. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1047.

عبد الله العربي ، المقالة السابقة ، ص ١١٠ - ١١٨ .

(٢) Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. I, IIe éd., par Ripert, Nos. 3005 et s.

(٣)

Berthélemy, Traité élémentaire de droit administratif, IIe éd., 1926, pp. 30-40.

(٤) أنظر في ذلك :

Saleilles, op. cit., pp. 477-479. — Michoud, op. cit., t. I, No. 26. — Duguit, op. cit., t. I, § 46, pp. 504, 505.

(٥) Van den Heuvel, De la situation légale des associations sans but lucratif, 2e éd., 1884. — Vareilles - Sommières, le contrat d'association, 1893; Les personnes morales, 1902.

(٦) يرى « اهرنج » أن الاشخاص الاعتبارية ليست أشخاصا حقيقية ، وإنما ليست في الواقع صاحبة ما ينسب اليها من حقوق ، وإنما أصحاب هذه الحقوق هم أعضاؤها أو المنتفعون بنشاطها من أفراد الناس ؛ ذلك أن الحق عنده مصلحة يحميها القانون ، والشخص صاحب الحق هو صاحب هذه المصلحة والمصلحة لا تكون الا مصلحة فرد انساني . ولذلك يكون الشركاء وأعضاء الجمعية والمنتفعون بالاموال المرصودة على أغراض البر والنفع العام من مضي وفقراء وبتامى وما الى ذلك ، هم الأصحاب الحقيقيين لما ينسب الى الشركة أو الجمعية أو المؤسسة من حقوق .

( Ihering, L'esprit du droit romain, trad. Meulenaere, t. IV, pp. 430 et 3).

ورغم اتفاق « اهرنج » مع أصحاب نظرية « الملكية المشتركة » في اعتبار ما يستتر وراء الشخص الاعتباري من أشخاص طبيعيين هم الأصحاب الحقيقيين لما ينسب اليه من حقوق ، فيبدو انه لا يذهب مذهبهم من انكار فكرة الشخصية الاعتبارية والدعوة الى الغائها ، بل يراها - رغم اصطناعها - أداة من أدوات



وتقوم هذه النظرية على أن الفرد الانساني في ذاته هو وحده الشخص الحقيقي أو الطبيعي ، وأن كل محاولة لاعطاء الشخصية الى غيره — كالشركات والجمعيات والمؤسسات — محاولة افتراضية ولاغناء فيها . فهذه الأشخاص الوهمية المزعومة ، انما تحجب حقيقة الواقع بما تستر وراءها من أفراد أو أشخاص طبيعيين هم وحدهم الذين يملكون ما ينسب اليها من أموال ملكية مشتركة فيما بينهم .

ففكرة الشخصية الاعتبارية اذن قناع زائف ، يخفى معالم « الملكية المشتركة » القديمة واستمرار بقائها الى اليوم بجوار « الملكية الفردية » ، فيجب ازالة هذا القناع وهدم خرافة الشخصية الاعتبارية، ومواجهة الحقيقة سافرة وهي أن كل شخص اعتباري مزعوم ليس له من الشخصية الا الاسم؛ وأنه انما يعنى وجود أموال جماعية ، يمتلكها معا جمهور قليل أو كثير من الناس ، ككتل مستقلة خاضعة لنظام غير نظام الملكية الفردية . وبذلك تصحح الأوضاع، فلا يقال — مخالفة للواقع — ان هناك نوعين من الأشخاص: الأشخاص الطبيعية والأشخاص الاعتبارية ، بل يقال — وهذا هو الحقيقي — ان هناك نوعين من الملكية : الملكية الفردية ، والملكية المشتركة أو الجماعية (١) . اذ لاجابة أو ضرورة تدعو الى خلق نوع ثان من الأشخاص

---

الصياغة القانونية تستلزمها مقتضيات العمل وتحقق بالتالى فوائد غير منكوره ؛ ولذلك يعتبر الشخص الاعتباري صاحباً ظاهرياً للحق يختفى وراءه صاحب الحقيقي ( انظر في هذا المعنى : — Saleilles, op. cit., pp. 472-474. — Michoud, op. cit., t. I, p. 64, note (1) (Duguit, op. cit., t. I, pp. 499-502 وانظر في انتقاد موقف «اهرنج»

(١) يحرص انصار هذه النظرية على تحديد مدلول الملكية المشتركة أو الجماعية وتمييزها خاصة عن الملكية الشائعة التي يعدونها نوعاً من الملكية الفردية . فاذا كانت الملكية الشائعة تترك للأنصبة كيانها من حيث نسبة كل منها — رغم اختلاطها مادياً — الى مالك خاص مستقل عن بقية الملاك ، لان هذا الاختلاط المادى عابر مؤقت — اذ ليس هو غاية هذه الملكية — فلا يلبث



الصناعيين الى جوار الأشخاص الطبيعيين لمجرد التعبير عن الصورة الثانية من الملكية وهى صورة قائمة ومعروفة منذ قديم ، بل تجب الاشارة مباشرة الى هذه الملكية مع تعيين أصحابها الحقيقيين . فاذا اتفق تسعة أشخاص على العمل معا وبأموال معينة بقصد تحقيق غرض معين ، يكون من العبث والافتراض القول بظهور شخص عاشر لا وجود حقيقى له — كالجمعية أو الشركة — يمتلك هذه الأموال ، بل يكفى القول بأن هؤلاء التسعة هم وحدهم الذين يملكونها ملكية مشتركة أو جماعية . ومن العبث والافتراض كذلك القول بأن الدولة المصرية أو الفرنسية أو الانجليزية شخص اعتبارى يمتلك ما يوجد فى اقليمها من أنهار وطرق ومتاحف ، بل يكفى ويجب القول بأن المصريين أو الفرنسيين أو الانجليز هم الذين يملكون هذه الأموال .

هذه هى أبرز المحاولات الفقهية لانكار فكرة الشخصية الاعتبارية والاستغناء عنها بأفكار أخرى يقدمها أصحابها على أنها أسلم منطقاً وأكثر واقعية . ويعيب هذه المحاولات جميعاً — على اختلاف ماتقدمه من أفكار بديلة — استوائها على أساس غير سليم أو مسلم ، هو النظر الى الانسان باعتباره الشخص الحقيقى الوحيد المتصور . ففضلاً عما فى ذلك من خلط بين مدلول الشخصية الفلسفية أو النفسية ومدلول الشخصية القانونية ، وهو ما يجب تجنبه لاختلاف النظرة والغاية اختلافاً محتوماً بين الفلسفة

---

أن يزول ليؤكد ويوفر استقلال كل مالك واستثثاره بكامل السلطان على نصيبه معنوياً ومادياً ؛ فان الملكية المشتركة أو الجماعية تكون غايتها — على عكس ذلك — مثل هذا الاختلاط ، ولذلك فهى تقضى على الكيان المستقل للأنصبة الفردية بل تعدى على الأصح وجود هذه الأنصبة لتحقيق اندماجها اندماجاً كاملاً مطلقاً . فالاختلاط اذن هو أساس الملكية المشتركة وغايتها ، بينما يكون الاستقلال هو غاية الملكية الشائعة ولذلك تظل نوعاً من الملكية الفردية

( انظر : Planiol, op. cit., t. I, No. 3005: )



وعلم النفس وبين القانون على ما سبق البيان «<sup>١</sup>» ، فهو كذلك أساس يفتقد الدليل والبرهان ويصبح تقديمه على أنه من المبادئ والمقدمات المسلمة ضربا من الاقتراض والاصطناع . وكذلك يعيب هذه المحاولات أنها تغير وجه المشكلة الحقيقية في فكرة الشخصية الاعتبارية ، فتجعلها مشكلة وجود هذه الفكرة لا مشكلة تبريرها وتأصيلها ، رغم أن وجودها بات مسلما ومستقرا في القوانين الوضعية الحديثة المختلفة .

ومن ناحية أخرى ، فإن هذه الأفكار التي تقدم كبديل عن فكرة الشخصية الاعتبارية لاتغنى عنها في واقع الأمر .

فقد رفضنا من قبل فكرة قيام حقوق أو ذمة لاتسند الى صاحب من الأشخاص ، لأن الحق — وهو في جوهره رابطة قانونية — يستلزم على الأقل وجود طرف واحد من الأشخاص ، يكون هو صاحب الاستئثار بما تخول هذه الرابطة من قدرة تسلط أو اقتضاء «<sup>٢</sup>» ؛ ولأن الذمة — وهي مجموع من الحقوق والالتزامات المالية — لاتتصور بالتالي الامسوبة الى شخص يكون صاحبها ، طالما أن الحقوق والالتزامات لاتقوم استقلالا وانما تثبت حتما لشخص أو عليه «<sup>٣</sup>» .

وأما فكرة الملكية الجماعية أو المشتركة ، فيعيبها أساسا أن منطقتها يفترض — خلافا للواقع — أن الشخص الاعتباري انما يكون حتما جماعة من الأفراد تنسب اليهم الملكية المشتركة لأمواله، رغم أن المسلم أن الشخص الاعتباري — كما قد يكون جماعة من الأفراد — قد يكون كذلك مجموعة من الأموال كما في صورة المؤسسة ؛ وبذلك يتبدى قصور هذه النظرية وعجزها عن تأصيل وتكييف الطبيعة القانونية للشخصية الاعتبارية بوجه

---

(١) انظر سابقا ، ص ٦٩٨ و ٦٩٩ .

(٢) انظر سابقا ، ص ٦٩٤-٦٩٧ .

(٣) انظر سابقا ، ص ٦٧٤ .



عام على اختلاف أنواع الشخص الاعتباري «١» • بل ويكون من العسير كذلك تطبيق هذه النظرية على المؤسسات ، لأن عنصر المال اذا كان بارزا في شأنها باعتباره هو قوامها مما يبرز محل الملكية المشتركة ، فمشكلة تحديد أصحاب هذه الملكية ليست بالمشكلة اليسيرة الحل الا على أساس اعتبار المنتفعين بأموال المؤسسات من مرضى وفقراء وغيرهم هم ملاكها ، رغم ما في ذلك من خلط ومجاوزة للمنطق وافترض غير مقبول «٢» •

ويعيب هذه النظرية كذلك أنها تتضاءل بالشخص الاعتباري الى حد تركيزه في المال الذي يملكه رغم أن المال ليس الا مجرد وسيلة لتحقيق غايته ، وقد لا يكون هو الوسيلة الوحيدة أو الوسيلة اللازمة المحتومة الى ذلك ، فكثيرا ما يحقق الشخص الاعتباري نشاطه وأغراضه بالجهود الفردية المشتركة أكثر مما يحققها بالأموال الجماعية ، أو حتى بالاستغناء عن هذه الأموال ، كما هو شأن بعض الجمعيات الثقافية أو الدينية أو العلمية «٣» • فالمال اذن ، في أفضل الظروف ، ليس هو جوهر الشخص الاعتباري

---

(١) في هذا المعنى :

Beudant et Voirin, op. cit., t. IV No. 249, p. 262.

(٢) في هذا المعنى :

Saleilles, op. cit., pp. 395, 396, 425, 426, 443, 463. — Beudant et Voirin, op. cit., ibid. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 896, pp. 716, 717. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 68. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1047.

بل وحتى اذا امكن تصور نسبة ملكية أموال المؤسسة الى المنتفعين بها حاليا ومستقبلا ، فتظل هذه النسبة مستحيلة في صور المؤسسات غير الموجهة الى نفع طائفة معينة أو قابلة للتعيين من الأفراد ، مثل معاهد الأبحاث العلمية أو الطبية المرصودة كمؤسسات على تحقيق تقدم العلم أو مكافحة الأمراض مما يفيد الكافة على السواء ( Saleilles, op. cit., p. 426 ) •

(٣) في هذا المعنى :

Capitant, op. cit., No. 159, p. 217. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 250.

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة

٢٣٧ ، ص ٢٩٦ •



ولا العنصر الأساسى فيه ، والدليل البارز على ذلك هو الدولة • فمن غير المقبول اعتبار الدولة — كما يحتم منطق هذه النظرية — مجموعة من الأموال يمتلكها الوطنيون ملكية مشتركة ، اذ فى ذلك تجاهل واضح لوظيفة الدولة والغاية من وجودها ، ككائن مجرد يركز مشاعر وأمانى وتقاليده أمة معينة ويمثل ويحقق وحدة أفرادها وأغراضها ويدافع عن كيانها ومصالحها «<sup>١</sup>» • وبذلك تعجز هذه النظرية عن تفسير وجود الدولة ووحدتها ودوامها ، وتحصر بذلك الشخصية الاعتبارية فى نطاق القانون الخاص وحده دون القانون العام على غير أساس أو مبرر معقول «<sup>٢</sup>» •

ومن ناحية أخرى ، فإن الملكية الجماعية أو المشتركة لا توفر لأصحابها مقومات حق الملكية وسلطاته المعروفة ، وخاصة فى شأن أموال الأشخاص الاعتبارية العامة ؛ اذ لا يقتصر التمتع بها والافادة من منافعها على الوطنيين وحدهم باعتبارهم مالكيها فى منطق هذه النظرية ، بل يعم الكافة جميعا وطنيين وأجانب أى مالكين وغير مالكين على السواء ، فحق الأجانب لا يقل عن حق الوطنيين فى السير فى الطرق العامة وزيارة المتاحف «<sup>٣</sup>» •

وأخيرا فإن قيام الملكية المشتركة أو الجماعية — خلافا للملكية الشائعة — على أساس من اختلاط أو انعدام الأنصبة ، انما يعنى فى الحقيقة أن هذه الملكية لا تنسب استقلالا الى كل واحد من الأفراد على حدة وانما تنسب اليهم كلهم معا ، وذلك لايتأتى الا بالنظر اليهم ككتلة واحدة «<sup>٤</sup>» •

Capitant, ibid. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1047. (١)

(٢) فى هذا المعنى :

Michoud, op. cit., t. I, No. 28.

(٣) فى هذا المعنى :

Capitant, ibid. — Michoud, op. cit., t. I, No. 30, pp. 68, 69. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 249, p. 263. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 896, p. 717.

(٤) وهذا ما يعلنه صراحة بعض أنصار هذه النظرية • انظر فى ذلك خاصة

قول « برتيلمى » :

« Nous pouvons être... propriétaires... collectivement, c'est-à-dire à nous tous, envisagés comme n'étant qu'un » (Berthélemy, op. cit., p. 35).



أو شخص واحد ، وتلك هي بعينها فكرة الشخصية الاعتبارية التي تنكرها هذه النظرية «١» .

فمحاولات الاستغناء عن الشخصية الاعتبارية اذن محاولات غير سليمة أو مجدية ، مما يبرر عدم توفيقها ويوجب رفضها .

### ٣٣١ - نظرية الشخصية الحقيقية «٢»

إذا كانت النظرة الى الشخصية الاعتبارية بوصفها شخصية وهمية افتراضية أمرا غير مقبول ، وكانت محاولات الاستغناء عن فكرة هذه الشخصية بأفكار أخرى محاولات غير مجدية أو مقنعة كما سبق البيان ، فإن جمهور الفقه الحديث يستقر اليوم على النظر الى الشخصية الاعتبارية بوصفها حقيقة واقعية . وليس معنى هذا أن الاتفاق سائد حول مفهوم هذه الحقيقة وجوهرها ، فأنصار الشخصية الاعتبارية الحقيقية في اتفاقهم على الصفة الحقيقية لهذه الشخصية ونفى الصفة الافتراضية عنها يختلفون بعد ذلك في تصوير هذه الحقيقة أشد الاختلاف .

(١) فثم اتجاه كبير يحاول تصوير حقيقة الشخصية الاعتبارية على نسق وحداء حقيقة الشخصية الطبيعية وتكوين الانسان ، اما بادعاء وجود تكوين عضوى فى الشخص الاعتبارى مماثل للتكوين العضوى أو الحيوى للانسان ، واما بادعاء وجود ارادة جماعية فى الشخص الاعتبارى مقابلة للارادة فى الشخص الطبيعى .

(١) فى هذا المعنى :

Colin, Capitant e De La Morandière, ibid.

(٢) راجع فى ذلك :

Saleilles, op. cit., 521 et s. — Michoud. op. cit., t. I, Nos. 31 - 58. — Bonnecase, op. cit., t. IV, Nos. 109 - 128: 152-160. — Clémens, op. cit., pp. 60 et s., pp. 113 et s. — Capitant, op. cit., No. 160. — Beudant et Voïrin, op. cit., t. IV, Nos. 251 et s. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., Nos. 391 et s. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t.



فأنصار النظرية العنصرية أو الحيوية ( Théorie organique ou biologique )

لا يرون فارقاً في التكوين بين الشخص الاعتباري والشخص الطبيعي؛ فكل منهما يتكون من تجمع خلايا متعددة تكون كلاً واحداً ، اذ الأفراد المكونون للشخص الاعتباري هم خلايا هذا الجسم الواحد التي تؤلف وجوده وتخلق حياته .

ولكن من الواضح أن مثل هذا التصوير تصوير مجازي محض وليس بالتصوير الحقيقي ، ولذلك فمحاولة ارساء الصفة الحقيقية للشخصية الاعتبارية على أساسه محاولة فاشلة ، اذ نعود بهذا التصوير الى دائرة التصويرات الافتراضية المخالفة للحقيقة والواقع . فضلاً عن أن القول بكفاية وجود خلايا تكون بتجميعها كلاً أو جسماً واحداً لقيام الشخصية قول غير صحيح على إطلاقه ، فالحيوانات والنباتات تتكون كذلك من خلايا ومع ذلك لا تتمتع بالشخصية في نظر القانون .

---

I, Nos. 897, 898. — Dabin, op. cit., pp. 124 - 164. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, Nos. 71 - 72 bis. — Réglade, op. cit., pp. 74 - 82. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 415, 417. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1049. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 593. — Waline, Traité élémentaire de droit administratif, 5e éd., pp. 157-162.

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ٢٣٧ ، ص ٢٩٦ و ٢٩٧ . — عبد الله العربي ، المقالة السابقة ، ص ٨٥٠ - ٨٦٧ . — شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فقرات ١٢٢ و ١٢٣ . — عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، فقرة ١١٦ . — سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٢٣٤ . — شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٩٥ و ٩٦ . — عبد المنعم البدرأوى ، المرجع السابق ، فقرة ١٣١ . — عبد الفتاح عبد الباقي . المرجع السابق ، فقرة ١٠٣ ، ص ١٥٣ و ١٥٤ . — اسماعيل غانم . المرجع السابق ، ص ٢١٩ و ٢٢٠ .

(١) راجع في عرض هذه النظرية وانتقادها .

Saleilles, op. cit., pp. 527, 528. — Michoud, op. cit., t. I, Nos. 33-35. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 72.



وأما أنصار نظرية الإرادة (١) ، فهم كأنصار النظرية العضوية أو الحيوية يريدون ارساء حقيقة الشخصية الاعتبارية على أساس التماثل بين الشخص الاعتباري والشخص الطبيعي ، ولكنهم يقتصرون في شأن هذا التماثل على عنصر الإرادة وحده ، فيدعون أن للشخص الاعتباري إرادة جماعية واحدة مستقلة عن إرادات الأشخاص الطبيعيين المؤلفين له ، وهو ما يكفي لاسباغ الشخصية عليه كما تكفي الإرادة عند الإنسان لذلك (٢) ؛ إذ الذي يكون الشخصية القانونية للفرد عند هذه النظرية ليس هو ظهوره بتكوينه المعروف من مادة وروح ولكن ظهوره كإرادة ، فلإرادة وحدها — وليس الإنسان — هي الشخص ، ولذلك ففي جماعات الأفراد حيث يمكن ظهور إرادة جماعية مستقلة ، تكفي هذه الإرادة لكي تؤلف شخصية مستقلة عن الشخصيات والإرادات الفردية المكونة لها .

وتركيز هذه النظرية على عنصر الإرادة وتعليقها الشخصية بالتالي على وجود الإرادة أو إمكان ظهورها ، ناشيء من أخذها الحق على التعريف التقليدي من أنه قدرة أو سلطة إرادية . ومن الغريب أن هذا التعريف كان هو نفس نقطة البداية التي تفرع عنها اتجاهان متضادان في التطرف ، فقد ابتدأ منه أنصار الاقتراض ليدلوا على انعدام الإرادة عند الأشخاص الاعتبارية وعلى شخصيتها الوهمية بالتالي ، وابتدأ منه كذلك أنصار الحقيقة

---

(١) راجع خاصة في عرض هذه النظرية وانتقادها :

Saleilles, op. cit., pp. 524-526, 528-540. — Michoud, op. cit., t. I, Nos. 36-44. — Clémens, op. cit., pp. 62 et s. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 251. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 72. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1049, pp. 1263, 1264.

(٢) تنسب هذه النظرية إلى فقهاء الألمان وخاصة «زيتلمان» Zitelmann

و «جيرك» Gierke ، ولكن جذورها ممتدة في الواقع إلى «روسو» في فكرته عن الإرادة الجماعية . ( انظر في ذلك وفي التصويرات المختلفة المعطاة لهذه النظرية : Michoud, op. cit., t. I, No. 36 - 38, 41. — Clémens, ibid )



ولكن ليدلوا على توافر الأشخاص الاعتبارية على ارادة مستقلة كالأشخاص الطبيعيين مما يجعل شخصيتها حقيقية كشخصيتهم «١» .

ويعيب هذه النظرية أساسا أنها — كالنظرية العضوية أو الحيوية — تخلط بين الشخصية القانونية وبين الشخصية الفلسفية أو النفسية ، وتحاول بالتالى أن تخلق تماثلا وتطابقا مستحيلا بين الشخص الاعتبارى والشخص الطبيعى فى الشخصية الفلسفية أو النفسية من حيث الارادة خاصة «٢» . ولو قد بصرت باستقلال الشخصية القانونية عن الشخصية الفلسفية أو النفسية وأنها مجرد صلاحية لوجوب الحقوق والالتزامات لا لوجود أو ظهور الارادة ، لكفت نفسها عناء لاجدوى من ورائه باصطناع هذه الارادة الجماعية للشخص الاعتبارى . ولو كانت الارادة هى مناط الشخصية كما تدعى هذه النظرية ، لوجب انكار الشخصية على عديمى الارادة من أفراد الناس وهو مالا تقره القوانين الوضعية المختلفة كما رأينا . ويعيب هذه النظرية كذلك أنها — كالنظرية الاقتراضية — تقوم على أساس تعريف الحق بأنه قدرة ارادية ، وهو تعريف بين الفساد كما سبق البيان .

وفضلا عن ذلك ، فلو سلمنا جدلا باناطة الحق والشخصية بالارادة كما تدعى هذه النظرية لما دفع ذلك عنها القصور ، اذ تظل فى هذه الحدود غير مجدية الا فى تفسير اعطاء الشخصية لجماعات الأفراد كالشركات

---

(١) فى هذا المعنى :

Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 251, p. 264. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., No. 391, p. 358.

(٢) فى هذا المعنى :

Michoud, op. cit., No. 43. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 72,

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٢٠ .



والجمعيات دون مجموعات الأموال كالمؤسسات «١» . بل وفي شأن جماعات الأفراد نفسها ، يكون من العسير في بعض الأحوال الادعاء حتى بوجود ارادة جماعية مستقلة عن الارادات الفردية كما في الصور التي يتخذ فيها قرار باسم الشخص الاعتباري من جانب فرد واحد لامن جانب جمعية عمومية مثلاً «٢» .

(٢) **نظرية المصلحة الجماعية :** اذا كانت محاولات تأسيس الشخصية الاعتبارية على ادعاء تماثل في التكوين أو في الارادة بين الشخص الاعتباري والشخص الطبيعي محاولات عقيمة وغير سليمة كما تبيننا ، فان ذلك قد أتاح الفرصة لظهور اتجاه آخر في الفقه يربط الشخصية الاعتبارية بتعريف الحق بأنه مصلحة يحميها القانون ، ويحاول تأسيسها على وجود مصلحة جماعية ( intérêt collectif ) مستقلة عن المصالح الفردية . وهذه هي النظرية التي تروج عند جمهور الفقه الفرنسي الحديث «٣» .

ومنطق هذه النظرية أنه اذا كانت الحقوق مصالح يحميها القانون ، فليس يحتم أن تكون هذه المصالح فردية وأن يوجد على رأسها أفراد أو أشخاص طبيعيون ، بل قد توجد مصالح جماعية تتبلور في تنظيم معين يوفر لها كيانا مستقلا عن المصالح الفردية للأعضاء الداخلين في هذا التنظيم أو

(١) في هذا المعنى :

Beudant et Voirin, op. cit., No. 251, p. 265. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1049, pp. 1263, 1264.

ومن غير المقبول محاولة تغطية هذا القصور بالزعم بوجود ارادة في مثل هذه المجموعات من الأموال هي ارادة منشئها ، اذ لا قيمة للارادة منفصلة عن صاحبها في تكوين شخصية مستقلة عن شخصيته

( في هذا المعنى : Michoud, op. cit., t. I, No. 37, p. 82 . )

(٢) Planiol, Ripert et Savatier, ibid.

(٣)

Michoud, op. cit., t. I, Nos. 52, 53. — Capitant, op. cit., No. 160. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 252. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 898. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 71. — Waline, op. cit., pp. 158-160.



المنتفعين به ؛ فحينئذ تكون جديرة بحماية القانون وتكون حقوقا جماعية مستقلة يمكن نسبتها الى شخص جماعى مستقل . فانه اذا كانت المصالح التى يحرص القانون على حمايتها واعتبارها حقوقا هى دائما مصالح انسانية ، فليس معنى هذا أن أصحاب هذه الحقوق أو الأشخاص يجب أن يكونوا أفرادا من الناس ؛ بل حيثما توجد هذه المصالح الجديرة بحماية القانون يجب الاعتراف بالشخصية لمن يمثلها ، سواء كان فردا من الناس ، أو جماعية من الأفراد أو الأشخاص كجمعية أو شركة، أو مجموعة من الأموال كمؤسسة .

فالشخصية فى هذه الأحوال جميعا واحدة وطبيعية . كل ما فى الأمر أنها فى الحالة الأولى تعبر عن مصلحة انسانية فردية، وفى الحاليتين الأخريين تعبر عن مصلحة انسانية جماعية . بل قد يكون ثبوت الشخصية لهذه الجماعات من الأفراد أو المجموعات من الأموال أولى وألزم ، لأنها تمثل مصلحة انسانية جماعية لها حظ من الدوام والبقاء على مر أجيال متعاقبة لعدد كبير من الأفراد ، فهى بذلك تعين على تنمية النشاط الانسانى وتوسيع فرصة تحقيق المصالح الانسانية على نحو أفضل وأجدى من الشخصية الطبيعية التى تمثل مصلحة انسانية فردية . فالشخصية اذن عند هذه النظرية مركز لمصالح انسانية ، واذا كانت الشخصية الطبيعية مركزا لمصالح انسانية فردية ، فالشخصية الاعتبارية مركز أكبر لمصالح انسانية جماعية فلا تقل عنها — ان لم تزد — فى كونها شخصية حقيقية .

واذا كانت هذه النظرية تفضل النظرية العضوية أو الحيوية ونظرية الارادة بتجنبها محاولات هاتين النظريتين العقيمة الفاشلة لاثبات شخصية فلسفية أو نفسية للأشخاص الاعتبارية كالأشخاص الطبيعية سواء من حيث التكوين العضوى أو الارادى ، الا أنها وقد ربطت نفسها بتعريف معين للحق كمصلحة يحميها القانون «١» لابد وأن تتعرض لما يتعرض له هذا

(١) اذا كانت هذه النظرية تقوم اساسا على اعتبار الحق مصلحة



التعريف من انتقادات كثيرة سبقت الإشارة إليها «١» .

وفضلا عن ذلك ، فإن ربط الشخصية بهذا التعريف يقود منطقاً الى حصر الشخصية في صاحب المصلحة أو المتمتع بالفائدة والمنفعة «٢» ، وهو ما يكشف عن أن الشخصية يجب ألا تثبت لجماعات الأفراد أو مجموعات الأموال نفسها ككل واحد مستقل ولكن للأشخاص الطبيعيين المكونين لهذه الجماعات أو المنتفعين بهذه المجموعات ، لأن المنفعة والتمتع انما يعود اليهم وحدهم في نهاية المطاف لا الى هذه الجماعات أو تلك المجموعات «٣» ؛

يحميها القانون ، فبعض انصارها بالنظر الى ادخالهم في الحق الارادة كعنصر اضافي على الأقل الى جانب العنصر الاساسي وهو المصلحة ، يضطرون بالتالي الى استلزام عنصرين لتوافر الشخصية الاعتبارية : مصلحة جماعية دائمة من ناحية ، وتنظيم كفيل باستخلاص ارادة جماعية قادرة على تمثيل هذه المصلحة والدفاع عنها من ناحية ثانية ( Michoud, op. cit., t. I, Nos. 53-55 )  
— وقرب من ذلك : اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ( ٢٢١ ) .

ولكن هذا الاتجاه لا يغير من جوهر النظرية كما بسطناها، لأن عنصر المصلحة لا يزال فيه هو العنصر الجوهرى والاساسى لوجود الشخصية ونشوتها ، وليس عنصر الارادة الا عنصرا لازما لنشاطها واستعمال حقوقها .  
( Michoud, op. cit., t. I, No. 54, p. 121 ) .

(١) راجع سابقا ، فقرة ٢٣٧ .  
(٢) ولعل هذا هو ما يعنيه « ميشو » بقوله ان صاحب الحق في المؤسسة الخيرية مثلا يكون هو جماعة الفقراء أو المرضى الذين تتوجه اليهم المؤسسة .  
( Michoud, op. cit., t. I, No. 53, p. 120 ) .  
(٣) في هذا المعنى :

Dabin, op. cit., pp. 142, 143.

وهذا ما كان يصرح به « اهرنج » زعيم الداعين الى اعتبار الحق مصلحة يحميها القانون ، بقوله :

« Le destinataire de tout droit, c'est l'homme... Les membres isolés sont les véritables destinataires de la personne juridique... La personne juridique comme telle est incapable de jouir; elle n'a ni intérêts ni buts. Elle ne peut donc avoir des droits, car les droits ne sont possibles que là où ils atteignent leur destination, c'est-à-dire là où ils peuvent être utiles à leur ayant-droit ( Ihering, cité par Dabin, op. cit., p. 142 ) .



وكأن الاعتراف لهذه الجماعات أو المجموعات ككل بشخصية اعتبارية مستقلة ليس في الواقع اذن الا افتراضا محضا يستر حقيقة الواقع .

(٣) النظرية الاجتماعية أو نظرية النظم (١) : اذا كانت المحاولات السابقة غير مقنعة في كشف حقيقة الشخصية الاعتبارية ، فثم محاولة أخرى حديثه ترجع جذورها الأولى الى الفقه الألماني وان كان بناءها كنظرية متكاملة فد تم في الثلث الاول من القرن الحالي على يد جانب من الفقه الفرنسي الحديث (٢) ، تتصدى لتفسير الشخصية الاعتبارية على أساس من البصر بالواقع الاجتماعي وماتضمنه ظواهره من نظم مختلفة ، وتسلب

(١) راجع في ذلك :

Hauriou, Au sources du Droit, 1933, La théorie de l'institution et de la fondation, pp. 89-128. — Renard, La théorie de l'institution, 1930; La philosophie et l'institution, 1939. — Delos, La theorie de l'institution, La solution réaliste du problème de la personnalité morale et le droit à fondement objectif, Arch. de Phil. du droit et de soc. juridique, 1931, Nos. 1-2, pp. 97-153. — Légal et Brèthe de La Gressaye, Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées, 1938. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., Nos. 392-395.

Bonnecase, op. cit., IV, Nos. 120-127. — Clémens, op. cit., pp. 129-166. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, Nos. 72 bis. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1049, pp. 1264, 1265.

(٢) اذا كانت هذه النظرية تنسب خاصة الى « هوريو » الا أن فكرتها قد اثارها من قبل « سالي » (Saleilles, op. cit., pp. 608, 609) ثم فصلها وبسطها من بعده « رينار » و « ديلو » .  
انظر في الاشارة الى دور كل من هؤلاء الفقهاء في بناء هذه النظرية قول « لوفير » خاصة :

« Saleilles ouvre la porte à l'institution. Hauriou la faire entrer, mais la dote d'une double tendance qui la laisse très imprécise. M. G. Renard l'enrichit prodigieusement, mais avec lui le fleuve gonflé déborde et inonde ses rives. Le P. Delos tente de la stabiliser à son dernier niveau » [ Le Fur, préface à l'ouvrage de Clémens déjà cité, p. XI ]

وياخذ بهذه النظرية كذلك بعض الفقهاء المصريين ، انظر :  
شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فترة ١٢٣ . — عبد الحى حجازي ،  
المرجع السابق ، ص ١٦٨ و ١٦٩ .



بذلك أضواء علم الاجتماع بواقعيته على مختلف الظواهر القانونية. لذلك يمكن تسميتها بالنظرية الاجتماعية ( La théorie sociologique ) الى جانب اسمها الأصلي وهو «نظرية النظام أو النظم» ( La théorie de l'institution ) وتعتبر هذه النظرية أن نواة الشخصية المعنوية ( La personnalité morale ) — التي ليست الشخصية القانونية ( La personnalité juridique ) — لا تعبرا عنها في المحيط القانوني أو أسلوبها القانوني «<sup>١</sup>» — هي هذه النظم الحقيقية الواقعية التي تكشف عنها الروابط الاجتماعية ، فيكون لها ما لهذه النظم من واقعية «<sup>٢</sup>» .

وهي تقصد بالنظم وجود فكرة موجهة تتحقق وتستمر في الجماعة عن طريق سلطة منظمة تعمل بأدوات وأجهزة خاصة ، وتعطيها كيانا أو هيئة اجتماعية مستقلة لها حياتها الداخلية ونشاطها الخارجي .

ومن ذلك يتضح أنه ليست كل فكرة يتاح لها التحقيق والاستمرار في المحيط الاجتماعي تكون شخصا معنويا وبالتالي شخصا قانونيا . فشم نظم يمكن تسميتها « النظم الأشياء » ( institutions - choses ) ليست بأشخاص ، لأنها — رغم اعتبارها فكرة تعيش وتتحقق في المحيط الاجتماعي — لا تولد كيانا أو هيئة ذاتية تعمل بوسائل خاصة بها ؛ فالقاعدة القانونية مثلا اذا كانت نظاما يعيش في المجتمع حول فكرة أساسية موجهة ، الا أنها لاتتخذ شكل هيئة ذات كيان مستقل تعمل بأدوات وأجهزة ذاتية لتحقيق هذه الفكرة وانما تتوصل الى هذا التحقيق باستعارة سلطة الدولة ، ولذلك تظل مجرد نظام من الأنظمة الأشياء «<sup>٣</sup>» ،

(١) و (٢) انظر في ذلك قول « هوريو » :

La personnalité juridique n'est qu'une retouche et une stylisation de la personnalité morale et par conséquent, elle repose sur le même fond de réalité » ( Hauriou, op. cit., p. 127 ).

Hauriou, op. cit., p. 97. (٣).



وانما يصير النظام شخصا أو يدخل مرحلة التشخيص المعنوى  
فالقانونى ، اذا ولدت الفكرة هيئة لها وجود ذاتى فى المجتمع وتنظيم معين  
يعمل لتحقيقها بوسائل وأجهزة خاصة، وباندماج واتحاد جماعة من الأفراد —  
الأعضاء أو المنتفعين — مع هذه الأجهزة فى هذه الفكرة . فالدولة مثلا  
تعتبر من « النظم الأشخاص » ( institutions - personnes ) « ١ » ، لأن الفكرة  
الموجهة — وهى حماية مجتمع وطنى — لاتلبث أن تخلق هيئة اجتماعية  
لها كيان ذاتى مستقل هى الدولة ، تقوم على تنظيم معين وأجهزة خاصة  
— كأجهزة التنفيذ والتشريع — لتحقيق هذه الفكرة فى اتحاد وتعاون مع  
المواطنين أعضاء هذا المجتمع المندمجين فى هذه الفكرة .

وبذلك تتكشف العناصر اللازمة للشخصية أو لما يسمى بالنظم  
الأشخاص وهى : ( ١ ) فكرة موجهة ( idée directrice ) « ٢ » وهذا هو  
العنصر الأساسى ، اذ هذه الفكرة هى روح كل نظام . ( ٢ ) جماعة تهتم  
هذه الفكرة ويعنيها أمر تحقيقها ، كالمواطنين فى الدولة وجماعة المساهمين  
فى شركات المساهمة وجماعة الفقراء أو المرضى فى المؤسسات المرصودة  
على غرض البر أو الخدمة العامة . ( ٣ ) تنظيم معين متكامل يعمل فى خدمة  
الفكرة الموجهة لتحقيقها بوسائل وأجهزة ( organes ) خاصة به، كالحكومة

---

( ١ ) Hauriou, op. cit., p. 96

( ٢ ) يحرص « هوريو » على تمييز « الفكرة الموجهة » عن « الهدف » ( but )  
وعن « الوظيفة » ( fonction ) معا . فالفكرة الموجهة تشمل النتيجة والوسيلة أى  
تشمل الهدف ووسائل تحقيقه على السواء ، بينما يقتصر الهدف على النتيجة  
المراد تحقيقها ؛ ففى الدولة تعنى الفكرة الموجهة تنظيما معيناً وخطة معينة  
للعمل لحماية المجتمع الوطنى ، بينما ينحصر هدف الدولة فى نتيجة معينة  
هى هذه الحماية . وكذلك تختلف الفكرة الموجهة عن الوظيفة ، اذ الوظيفة  
ليست الا الجزء المتحقق أو على الأقل المحدد من المشروع ، بينما يظل فى  
الفكرة الموجهة جزء غير محدد أو احتمالى فيما وراء الوظيفة ؛ ولذلك تتحدد  
وظيفة الدولة بنطاق الإرادة والسير المحدد للمرافق العامة ، بينما تتحدد فكرتها  
الموجهة بنطاق الحكم السياسى الذى يعمل فى المجهول .

( انظر : Hauriou, op. cit., p. 99 ) .



والبرلمان في الدولة ، والجمعية العمومية ومجالس الادارة في الشركات والجمعيات ، والمديرين في المؤسسات • (٤) الاشتراك والاتحاد في الفكرة الموجهة بين هذه الأجهزة وجماعة الأعضاء أو المنتفعين ، كحضور المساهمين جلسات الجمعيات العمومية في الشركات أو ممارسة المواطنين لحقهم في الانتخاب في الدولة «١» •

فاذا توافرت هذه العناصر ، يستوى النظام شخصا معنويا واقعيا • اذ مع وجود هذا التنظيم وعمله داخل نطاق الفكرة الموجهة بأجهزته الخاصة وخضوع هذه الأجهزة لهذه الفكرة ، يأخذ النظام شكل الجماعة أو الهيئة ذات الكيان المتميز أى يدخل مرحلة الكيان الجماعى أو التجمع ( Le stade de la corporation ). ثم يتخطى النظام هذه المرحلة الى مرحلة التشخيص Le stade de la personnification اذا دخلت الفكرة الموجهة واستقرت في وعى أفراد الجماعة فاتحدوا مع أجهزة التنظيم القائمة في سبيل تحقيقها ، اذ بذلك تصير هذه الفكرة كائنا اجتماعيا ( être social ) متميزا له وعى بذاته وبصر بمصيره وأهدافه ، وقدرة على النشاط لتأكيد استمرار بقائه محققا غاياته بوسائله وأجهزته الخاصة ومتحملا مسئولية أفعاله وتصرفاته •

ومظاهر شخصية هذا الكائن الاجتماعى انما تتركز أولا فيما يكون له من حياة داخلية خاصة ثم فيما يمارسه من نشاط خارجى • ففى الداخل تستع أجهزة النظام بسلطات كثيرة مختلفة على الأعضاء في نطاق الفكرة الموجهة وبقصد تحقيقها ، وتتولد للجماعة أو الهيئة حقوق على هؤلاء الأعضاء • وفى الخارج ، يدخل النظام أو الكائن الاجتماعى في معاملات متعددة مع الغير بقصد تحقيق الفكرة الموجهة فيكتسب حقوقا ويتحمل قبلهم بالتزامات ، وتقابل حريته في التعامل والنشاط مسئوليته عن أفعاله وتصرفاته •



وإذا كانت هذه النظرية تفضل نظرية المصلحة بما تقدم من تحليل مبتكر لحياة الكائنات الجماعية مستوحية كنه الروابط والظواهر الاجتماعية ، فيبقى أنها نظرية يحوطها الكثير من الغموض ، وأن معيار الشخصية الاعتبارية فيها ما يزال يفتقد دقة التحديد «<sup>(١)</sup>» ، وأن الفصل بين «<sup>(٢)</sup>» النظم الأشياء و «<sup>(٣)</sup>» النظم الأشخاص» فصل تحكمى يعوزه الوضوح والتبرير على السواء .

وإذا كان ظاهر هذه النظرية قد يشعر بتجنبها محاولات بعض النظريات الأخرى بناء الشخصية الاعتبارية على نسق وحذاء شخصية الانسان الى حد التطرف العكسى فى محاولة بناء شخصية الانسان نفسها على نسق وحذاء شخصية الجماعات واعتبارها كذلك نظاما من النظم التى تقوم على فكرة موجهة معينة يعمل فى خدمتها ولتحقيقها تنظيم معين بمعاونة واشتراك خلايا متعددة «<sup>(٤)</sup>» ؛ الا أن هذه النظرية فى حقيقة الأمر ما تزال تدور فى الحلقة المفرغة التقليدية من محاولة تصوير الشخص الاعتبارى على هيئة وتكوين شخص الانسان ، وآية ذلك أنها تستلزم فى الكائن الاجتماعى وعيا بذاته

(١) فى هذا المعنى :

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1049, p. 1264.

ولذلك يعيب عليها بعض الفقهاء عجزها عن تفسير عدم تمتع الأسرة بالشخصية ، وهى نظام من أكثر النظم متانة واستقرارا ( Planiol, Ripert et Savaier, op. cit., t. I, No. 72 ) .

انظر مع ذلك فى محاولة بعض أنصار هذه النظرية تبرير تجرد الأسرة من الشخصية :

Delos, article précité, pp. 123-125.

(٢) انظر فى ذلك خاصة قول «<sup>(٣)</sup>» هوريو :

« Il se peut que l'être humain consiste essentiellement en une idée d'œuvre à réaliser, servie par un pouvoir de gouvernement et provoquant des manifestations de communion dans un groupement d'êtres élémentaires... L'être humain, comme d'ailleurs tout être créé (est) essentiellement une idée d'œuvre à réaliser... c'est l'âme humaine que (cette idée) doit signifier... l'âme humaine apparaît ainsi comme une réalité objective, ayant la même existence positive qu'a l'idée de l'œuvre à réaliser dans une institution cor-



وبصرا بأهدافه وتحكما في وسائله بما يحقق الغاية الموجهة «٢» • «١» •

### ٣٣٢ - جوهر حقيقة الشخصية الاعتبارية

هاتان هما النظريتان الرئيسيتان في تكييف طبيعة الشخصية الاعتبارية على اختلاف وتباين صور كل منهما • وواضح مما قدمنا أنه يجب استبعاد فكرة الافتراض في هذا الشأن، فلا يبقى الا التسليم بأن الشخصية الاعتبارية تمثل حقيقة واقعية • غير أننا رأينا أن التصويرات المختلفة لهذه الحقيقة ليست بالتصويرات المقنعة ، وينحو أغلبها نحو الخلط بين الشخصية القانونية وبين الشخصية الفلسفية أو النفسية ، ويستند بعضها الى تعريفات للحق معيبة أو قاصرة • من أجل ذلك ، ينبغي محاولة التماس تصوير آخر لحقيقة الشخصية الاعتبارية يكون أكثر منطقاً وقبولاً ، باستهداء الحقائق التي استخلصناها من مناقشة التصويرات المختلفة لحقيقة هذه الشخصية والمدلول المحدد الذي أعطيناه للشخصية القانونية •

فقد رأينا ضرورة تجنب الخلط بين الشخصية القانونية وبين الشخصية الفلسفية أو النفسية • ولذلك فكل محاولة للخلط بين الشخصيتين ، واعتبار الانسان هو المثال الأصيل للشخصية في نظر القانون، والتماس نفس تكوينه ومقوماته بالتالي في جماعات الأشخاص ومجموعات الأموال ، للقول بحقيقة شخصيتها الاعتبارية محاولة عقيمة وفاشلة ، نفس فشل المحاولة العكسية

---

porative... (Elle) possède à son service un pouvoir de volonté qui (est) pour elle un organe de gouvernement pour la réalisation de sa destinée... Si nous limitons l'âme humaine, en tant que distincte du corps, à l'élément de l'idée directrice, si nous concédons que le corps est une organisation psychophysique et, par conséquent, que les manifestations psychiques phénoménales relèvent de lui, rien n'empêche d'admettre que le système de ces manifestations psychiques soit de la nature des groupements... » [ Hauriou, op. cit., pp. 108, 109 ] .

(١) نجتزئ بهذه الانتقادات لتعلقها بموضوع الشخصية الاعتبارية الذي يعنينا في هذا المقام ، فلا نعرض للانتقادات الأخرى الموجهة الى هذه النظرية بوصفها نظرية عامة تجاوز النطاق المحدود للشخصية •



لادعاء الصفة الافتراضية للشخصية الاعتبارية استنادا الى انتفاء التماثل في التركيب والتكوين بينها وبين الشخصية الطبيعية ؛ اذ يظل السجل بين حقيقة هذه الشخصية وبين افتراضيتها دائرا — في الواقع — في نطاق الفلسفة وعلم النفس ، لافي نطاق القانون الذي يعنينا وحده ونحصر البحث فيه «<sup>١</sup>» .

ورأينا كذلك وجوب الفصل بين الشخصية وبين الارادة ، فالشخصية القانونية لاتناط بالارادة ، والحق ليس بقدرة أو سلطة ارادية ، كما سبق البيان . ولئن كانت الارادة مطلبة ، فليس تطلبها شرطا لوجود الشخصية وانما هو شرط لقدرتها على النشاط الارادي واجراء التصرفات القانونية ؛ ولذلك قد تثبت الشخصية لعديم الارادة حتى من أفراد الناس ويياشر عنه نشاطه الارادي وتصرفاته القانونية شخص آخر ذو ارادة . فمحاولة التماس ارادة جماعية في الشخص الاعتباري ، أو وعى عنده بذاته وبأهدافه ، كارادة أو وعى الشخص الطبيعي ، للتدليل على حقيقة الشخصية الاعتبارية ، ليست هي الأخرى بالمحاولة المجدية .

فاذا استبعدنا محاولة ادعاء تماثل في التكوين بين الشخص الاعتباري والشخص الطبيعي ، أو وجود ارادة جماعية لدى الشخص الاعتباري ، أو وعى عنده بذاته وأهدافه ، وجب التزام نطاق القانون وحده ومدلول الشخصية فيه ، ففي هذا النطاق وعلى هدى هذا المدلول يمكن ارساء الشخصية الاعتبارية على أساس حقيقي واقعي .

والشخصية في نظر القانون — كما سبق البيان — انما تعنى فحسب مجرد صلاحية كائن من الكائنات لوجوب الحقوق له أو عليه . وقد حددنا هذا الكائن بأنه كائن متميز ذو قيمة اجتماعية معينة «<sup>٢</sup>» . وواضح أنه ليس المقصود بالكائن المتميز كائنا حيا حياة طبيعية حسية عضوية بالضرورة،

---

(١) في هذا المعنى :

Réglade, op. cit., p. 74

(٢) راجع سابقا ، ص ٧٠٦ و ٧٠٧ .



فالحیوان بل والنبات كائن بهذا المعنى ولكنه لا يتمتع بالشخصية فى نظر القانون ؛ وانما المقصود به كل موجود له وجود ذاتى مستقل وحقيقى ، ويجب أن يؤخذ الوجود الحقيقى بالمعنى الواسع الذى يصرفه الى كل وجود مادى أو معنوى ، لا بالمعنى الضيق الذى يقصره على الوجود المادى الحسى ، اذ ينبغى الحذر من الخلط بين المادة ( *matière* ) وبين الحقيقة ( *réalité* ) « ١ » ، فليست الماديات المحسوسة وحدها هى التى تتمتع بوجود حقيقى . ويستوى فى هذا الوجود الحقيقى أن يكون الكائن الموجود من خلق الطبيعة كالانسان ، أو من خلق الانسان ولخدمته « ٢ » كالشركات والجمعيات والمؤسسات مادام لها من الوجود والكيان المستقل ما يميزها عن كيان ذاتية الشركاء والأعضاء والمنشئين .

ولكن ليس معنى ذلك أن كل كائن له وجود ذاتى مستقل وحقيقى على هذا النحو يتمتع حتما بالشخصية ، بل يلزمه لهذا التمتع — فضلا عن ذلك — أن يمثل قيمة اجتماعية معينة « ٣ » تجعله أهلا لأن يدخل فى الوجود القانونى كصاحب حياة قانونية مستقلة يصبح بمقتضاها مركزا للحقوق والالتزامات . فالشخصية القانونية اذن انما تتحقق بتحويل الوجود الواقعى لمثل هذه الكائنات الى وجود قانونى توضع فيه على رأس حياة قانونية مستقلة ، مادام أن لها من القيمة الاجتماعية ما يقتضى ويبرر مثل هذا التحويل . ولذلك فبعض الكائنات التى لها وجود ذاتى واقعى بل وحسى كالحیوانات ، اذا دخلت مرحلة الوجود القانونى فلا تدخل فيه باعتبارها صاحبة حياة قانونية مستقلة ، لأنه ليس لها من القيمة الاجتماعية ما يبرر وضعها على رأس مثل هذه الحياة وجعلها مركزا وصاحبة للحقوق والالتزامات ؛ والما

---

(١) Dabin, op. cit., p. 135 ...

(٢) Dabin, op. cit., p. 151.

(٣) فى هذا المعنى :

Réglade, op. cit., pp. 75, 76. — Dabin, op. cit., pp. 148, 149.

وانظر كذلك سابقا ، ص ٧٠٧ .



تدخل فيه — بحكم طبيعتها التي تجعلها مسخرة لخدمة الانسان — بوصفها شيئا تابعا ومحلا وموضوعا لحقوق الأشخاص ذوي الحياة القانونية المستقلة «١» .

فالانسان اذا كانت له الشخصية القانونية اليوم ، فليس ذلك مؤسسا اذن على شخصيته الفلسفية أو النفسية ولا على تكوينه العضوى أو الحيوى الخاص ولا على ارادته المستكنة أو الناشطة ، وانما تثبت له الشخصية باعتباره كائنا له كيان ذاتى مستقل ويمثل من القيمة الاجتماعية ما يحتم وضعه على رأس حياة قانونية مستقلة واعتباره مركزا صالحا لأن تسند اليه مظاهر هذه الحياة من حقوق والتزامات .

وكذلك الشأن فى الجمعيات والشركات والمؤسسات والأوقاف وغيرها من صور الكائنات الجماعية أو الاجتماعية ، فهى كائنات لها وجودها الذاتى والحقيقى فى الحياة الاجتماعية ، وتمثل من القيمة الاجتماعية ما يدخلها فى نطاق القانون صاحبة لحياة قانونية مستقلة ومركزا للحقوق والتزامات أى شخصا من أشخاص القانون . ومثل هذه القيمة الاجتماعية تتوافر لهذه الكائنات حينما يصبح وجود هذه الكائنات مفروضا بالضرورة . وهو ما يتحقق أمام ضخامة بعض الأهداف الانسانية المشروعة ذات القيمة الاجتماعية أو الرغبة فى استدامتها على مر أجيال طويلة متعاقبة ، اذ يكون من الخطر اسناد هذه الأهداف الى كائن فردى بعينه وربط مصيرها بمصيره ، مع ما هو معلوم من طاقته المحدودة وظروفه غير المضمونة وحياته الموقوته . بل ينبغى الاعتراف لهذه الأهداف بحياة مستقلة عن حياته وقدرة قوية تطاول قوته ، وهو ما لا يتأتى الا باسنادها الى هذه الكائنات الجماعية أو الاجتماعية ، التى توجد كما رأينا وجودا حقيقيا — وان لم يكن ماديا — فى الحياة الاجتماعية ، والتى تتمتع — رغم خروجها من تجمع وتكتل

---

(١) فى هذا المعنى :

Dablin, op. cit., p. 147.



عدد من الأفراد أو رصد فرد أو أفراد مجموعة من الأموال على تحقيق هذه الأهداف — بكيان ذاتي مستقل لا يختلط بكيان وذاتية مكوّنها أو منشئها من الأفراد •

ومن ذلك تتضح حقيقة الشخصية الاعتبارية وقيامها على عنصرين أساسيين : «١» كائن جماعي أو اجتماعي يخرج من تجمعات فردية أو مالية ويتمتع بكيان ذاتي مستقل عن كيان وذاتية مكوّنه أو منشئه من الأفراد • ووجود مثل هذا الكائن وجود حقيقي لا افتراض فيه، مادامنا نفصل الشخصية القانونية عن الشخصية الفلسفية أو النفسية ولا نقصر الحقيقة على الحقيقة المادية وحدها ، ودون حاجة الى اصطناع وعى أو تكوين عضوى أو ارادى له مماثل للانسان • «٢» توافر قيمة اجتماعية لهذا الكائن ، متأية من قيمة الهدف الذى يسعى الى تحقيقه ، ومن قدرته وأفضليته على الكائن الفردى فى هذا التحقيق •

فاذا توافر هذان العنصران ، استوى الكائن الجماعى أو الاجتماعى على رأس حياة قانونية مستقلة متعلقة بهذا الهدف وصار مركزا تسند اليه مظاهر هذه الحياة من حقوق والتزامات ، اذ يكون حينئذ أهلا لأن يستأثر بما يتعلق بهذا الهدف من قيم وسلطات ويتحمل بما يفرضه من واجبات وتبعات •

ويراعى أننا نستبعد من مقومات وعناصر الشخصية الاعتبارية ما تنفق عليه كثير من النظريات والآراء «١» من استلزام وجود تنظيم معين للشخص

(١) انظر فى ذلك بصفة خاصة :

Michoud, op. cit., t. I, Nos. 54, 55. — Hauriou, op. cit., pp. 98, 102 et s. — Bonnet, op. cit., t. IV, No. 155. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., Nos. 393-395. — Dabin, op. cit., pp. 148, 149, 163. — Waline, op. cit., pp. 161, 162.

شفيق شحاته المرجع السابق ، فقرة ١١٩ و ١٢٠ . — عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، فقرة ١١٧ . — سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٢٣٧ . — اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٢١ .



الاعتبارى يعمل فى خدمة غرضه أو فكرته بأجهزة وأدوات خاصة به .  
وليس معنى ذلك أننا ننكر الحاجة الى وجود مثل هذا التنظيم، فهو ضرورى  
ولكن لنشاط الشخصية الاعتبارية لا لوجودها . وليس فى ذلك غرابة ،  
فالصغير غير المميز يتوافر على الشخصية لمجرد كونه كائنا ذاتيا ذا قيمة  
اجتماعية ، دون استلزام قيامه بنفسه بما تستلزمه شخصيته من نشاط اذ  
ينوب عنه فى ذلك شخص آخر هو السولى أو الوصى ؛ وكذلك الحال فى  
الأشخاص الاعتبارية التى تتوافر لها مقومات وجود الشخصية بكيانها الذاتى  
المستقل ذى القيمة الاجتماعية ، ثم تحتاج من بعد الى جهاز وتنظيم معين  
يياشر عنها نشاطها .

## المطلب الثانى

### ابتداء الشخصية الاعتبارية

#### ٣٣٣ - اكتساب الشخصية الاعتبارية منوط باعتراف القانون

إذا كانت شقة الخلاف النظرى واسعة على ما رأينا بين نظريات الافتراض  
ونظريات الحقيقة حول طبيعة الشخصية الاعتبارية ، فلم تلبث أن امتدت  
فشملت كذلك كثيرا من النتائج العملية وخاصة ما يتعلق بتحديد مدى سلطان  
المشرع ازاء الأشخاص الاعتبارية من حيث اكتساب شخصيتها وانهاائها  
على السواء .

ففيما يتعلق باكتساب الشخصية الاعتبارية أو ابتدائها — وهو ما يعنينا  
فى هذا المقام — نراعى أثر تكييف طبيعة الشخصية الاعتبارية بأنها افتراض  
قانونى محض لا يعبر عن حقائق واقعية ، فيما رتب عليه أنصار هذه النظرية  
من اعتبار الشخصية الاعتبارية منحة من المشرع متروكة لمحض حريته  
وتقديره دون قيد أو الزام عليه فى ذلك . بينما رتب أنصار نظريات الحقيقة  
نتيجة عكسية ، مقتضاها أن الأشخاص الاعتبارية مادامت تعبر عن حقائق



واقعية اجتماعية ، فشخصيتها القانونية لازمة وقائمة تفرض نفسها على المشرع بحيث لا يمكن انكارها اذا توافرت مقوماتها .

ويبدو أن من المغالاة رد أمر التقييد أو الاطلاق في حرية نشوء مثل هذه الكائنات الجماعية واكتسابها الشخصية الاعتبارية الى الخلاف حول طبيعة هذه الشخصية وهل هي افتراضية أو حقيقية «<sup>١</sup>»، اذ ليس من المقبول في ظل القوانين الوضعية — وأيا كانت طبيعة هذه الشخصية — انكار الحاجة الى تدخل المشرع لاكتساب هذه الشخصية وابتدائها كما ذهب الى ذلك بعض غلاة أنصار نظرية الحقيقة . وليس في ذلك ما يناقض ما اتهمنا اليه من حقيقة هذه الشخصية، أو ما يحمل معنى التسليم بأن المشرع انما يخلق بذلك الشخصية لهذه الكائنات خلقا صناعيا من العدم في شكل منحة يتفضل بها عليها ، فليس تدخل المشرع مرادفا دائما للتحكم أو للافتراض ومخالفة الحقيقة ؛ وانما يكون تدخله بمثابة الاعتراف بما توافر لهذه الكائنات في الحياة الاجتماعية من وجود حقيقى يستند الى مقومات معينة تجعلها أهلا لأن توضع على رأس حياة قانونية مستقلة بما تستتبعه من حقوق والتزامات؛ فهو في تدخله في اكتساب وابتداء الشخصية الاعتبارية انما يلتزم حكم الواقع والحقيقة لا يعدوه الى الاصطناع والافتراض ، فلا يقوم اذن بالخلق بقدر ما يقوم بالاعتراف «<sup>٢</sup>» .

---

(١) في هذا المعنى :

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢١٩ .  
ويراعى كذلك أن الخلاف على التقييد أو الاطلاق في شأن الشخصية الاعتبارية ، حتى لو كان مؤسسا على الخلاف بين نظرية الافتراض ونظرية الحقيقة ، يتضاءل الى حد بعيد نتيجة أن أنصار الافتراض لا يستلزمون اعترافا صريحا من المشرع بل يكتفون بالاعتراف الضمنى ، وأن أنصار الحقيقة يسلمون على الأقل بضرورة التدخل أو التقدير من جانب القاضى .

( انظر : Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1049, p. 1265 )

(٢) في هذا المعنى :

Michoud, op. cit., t. I, No. 58, p. 130.



وإذا كان تدخل المشرع لازما لاكتساب وابتداء الشخصية الاعتبارية على هذا النحو من الاعتراف والتعبير عن حقائق الواقع ، فليس معنى ذلك أن المشرع يلتزم بهذا الاعتراف التزاما مفروضا ، اذ يبقى الأساس في الشخصية الاعتبارية — وهو القيمة الاجتماعية التي تعطى الكائن الجماعي صلاحية تصدر حياة قانونية مستقلة — أمرا نسبيا يخضع لاعتبارات كثيرة أهمها اعتبارات العدل واختلاف صورته ومدلوله والترجح بالتالي بين النزعة الفردية والنزعة الاجتماعية ، وهو ما يفسح للمشرع — باستحياء هذه الاعتبارات — حرية في الاعتراف غير قليلة .

وعلى أى حال، فتدخل المشرع للاعتراف بالشخصية الاعتبارية وتوقف اكتسابها على هذا الاعتراف ليس بالتدخل الغريب ولا القاصر على الأشخاص الاعتبارية وحدها ، حتى يحتاج الأمر الى انكاره أو التجاوز عنه احتفاظا للشخصية الاعتبارية بصفاتها الحقيقية . فالشخصية الطبيعية كذلك تستلزم مثل هذا الاعتراف وتتوقف عليه «<sup>١</sup>» ، دون أن يمارى أحد في صفاتها الحقيقية ؛ كل ما في الأمر أن الاعتراف بها لم يعد يثير النظر أمام شمولها اليوم الناس كافة نتيجة ما انتهى اليه التطور من التسليم بما لكل فرد من قيمة اجتماعية تؤهله لحياة قانونية مستقلة يكون صاحبها وعلى رأسها ، خلافا لما كان عليه الحال في الشرائع القديمة حين كانت القيمة الاجتماعية قاصرة على الأحرار وحدهم دون الأرقاء . أما الشخصية الاعتبارية ، فإذا كان يلزمها اعتراف المشرع كالشخصية الطبيعية ، الا أن هذا الاعتراف يمثل أهمية خاصة وظاهرة بالنظر الى عدم تساوى الكائنات الجماعية من جماعات الأفراد ومجموعات الأموال الموجودة في المجتمع في التوافر على القيمة الاجتماعية اللازمة لتشخيصها ، وهي نفس الأهمية التي كانت ثابتة للاعتراف بالشخصية الطبيعية في الشرائع القديمة كما أشرنا .

---

(١) في هذا المعنى :

Michoud, op. cit., t. I, No. 56.



فتدخل المشرع للاعتراف بالشخصية الاعتبارية هو نفس تدخله اذن للاعتراف بالشخصية الطبيعية ، وان كانت سلطته في الاعتراف بالشخصية الاولى اوسع مدى ، نتيجة ما يقع عليه من واجب التيقن من توافر القيمة الاجتماعية للكائن الجماعى بالتحقق من هدفه وقدره في ميزان القيم الاجتماعية ومدى حاجته الى حياة قانونية مستقلة تكفل تحقيقه ، ونتيجة تكوين الكائن الاجتماعى وصدوره عن تصرفات الأفراد وارااداتهم التى تخضع لحكم المشرع ورقابته للتأكد من سلامتها ومشروعيتها «<sup>١</sup>» .

### ٣٣٤ - الاعتراف العام والاعتراف الخاص

اذا كان تدخل القانون أو المشرع لازماً على هذا النحو للاعتراف بالشخصية الاعتبارية وابتدائها، فهو يتخذ احدى صورتين: صورة الاعتراف العام ، أو صورة الاعتراف الخاص .

أما صورة الاعتراف العام ، فتتحقق بوضع المشرع ابتداء شروطاً عامة، اذا توافرت في أى جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال اكتسبت هذه الجماعة أو تلك المجموعة الشخصية الاعتبارية بقوة القانون ، دون حاجة الى ترخيص أو اذن خاص من جانب المشرع بصدد تكوين كل جماعة أو مجموعة منها على حدة . وهذا الاعتراف اعتراف غير مباشر ينشأ عن تنظيم تشريعى سابق لنماذج معينة من جماعات الأشخاص أو مجموعات الأموال ، ولذلك تعرف صورته كذلك باسم « طريقة التنظيم القانونى » ( *Système de la réglementation légale* ) «<sup>٢</sup>» .

وأما صورة الاعتراف الخاص ، فتستلزم صدور ترخيص أو اذن خاص من المشرع بقيام الشخصية الاعتبارية لكل جماعة من الأشخاص أو مجموعة

---

(١) فى هذا المعنى :

Michoud, op. cit., t. I, No. 57.

Michoud, op. cit., No. 58, p. 131. — Coulombel, Dalloz, (٢)  
op. cit. t. III, No. 7, p. 760.



من الأموال عند تكوين كل منها على حدة • وهذا الاعتراف — على خلاف الاعتراف العام — اعتراف مباشر وفردى، ولذلك تعرف صورته كذلك باسم « نظام الاذن أو الترخيص » (Système de l'autorisation) « ١ » •

وظاهر أن طريق التنظيم القانونى أو الاعتراف العام أكثر سعة وسماحة من طريق الترخيص أو الاعتراف الخاص تجاه قيام الأشخاص الاعتبارية ، ولئن كان الطريق الأخير فى أصله مناسباً للنزعة الفردية بالنظر الى تركيز اهتمامها فى الفرد وعدائها للجماعات التى تتوسط بين الفرد والدولة ، ومستجيباً لنوازع الحذر التقليدى عند المشرع من قيام بعض أشخاص اعتبارية قوية قد تشكل خطراً على الدولة ؛ إلا أن الحاجة اليه لم تنقطع اليوم على الأقل بوصفه طريقاً استثنائياً أو احتياطياً الى جنب الطريق الأول ، اذ يمكن المشرع من مراعاة ما يلزم من بحث وتدقيق فى شأن بعض الأشخاص الاعتبارية ذات الأهمية ، ومن مواجهة ما قد يجد فى المستقبل من جماعات أشخاص أو مجموعات أموال متشكلة فى غير الصور التى يعرفها التنظيم القانونى الحاضر وتقضى الضرورة والمصلحة بالاعتراف لها كذلك بالشخصية الاعتبارية « ٢ » •

ولم يكن القانون المصرى يتضمن أول الأمر أحكاماً عامة تتعلق بالأشخاص الاعتبارية • لذلك عنى التقنين المدنى الجديد بسد هذا النقص ، وبين كيفية نشوء الأشخاص الاعتبارية وابتداء شخصيتها جامعاً فى هذا الصدد بين صورتى الاعتراف العام والاعتراف الخاص ، وان كان قد أحسن بجعل الاعتراف العام هو المبدأ والاعتراف الخاص هو الاستثناء •

(١) Coulombel, ibid.

(٢) فى هذا المعنى :

المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٣٧٣ ، — اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٢٨ •



فالأصل في القانون المصرى اليوم ، أن الأشخاص الاعتبارية تنشأ وتبتدىء شخصيتها منذ تكوينها وبقوة القانون دون حاجة الى ترخيص أو اذن خاص بذلك اذا توافرت فيها الشرائط العامة التى يتطلبها القانون فى صور ونماذج ما يعرض لتنظيمه من جماعات الأشخاص أو مجموعات الأموال . وقد عدد المشرع هذه الجماعات أو المجموعات التى يكفى الاعتراف العام لابتداء شخصيتها الاعتبارية ، وهى الدولة والمديريات والمدن والقرى ، والأوقاف ، والشركات المدنية والتجارية « ١ » ، والجمعيات والمؤسسات ( م ١/٥٢ و ٣ و ٤ و ٥ مدنى ) . أما ماعدا ذلك من جماعات الأشخاص ومجموعات الأموال الأخرى ، فلا تثبت لها الشخصية الاعتبارية الا بمقتضى ترخيص خاص من المشرع أى بمقتضى نص فى القانون ( م ٦/٥٢ مدنى ) ، وهو ما يفتح الباب — كما قلنا — أمام الصور الجديدة المستقبلية لمثل هذه الجماعات أو المجموعات .

### ٣٣٥ - مركز الشخص الاعتبارى فى مرحلة تكوينه

إذا كان اكتساب الشخصية الاعتبارية منوطا باعتراف القانون على النحو السابق ، فيتحدد وقت ابتداء هذه الشخصية اذن بتمام تكوينها وفق التنظيم القانونى فى صورة الاعتراف العام ، وبصدور الترخيص أو الاذن الخاص المتم لتكوينها فى صورة الاعتراف الخاص . ومعنى هذا أنه فى مرحلة تكوين الشخص الاعتبارى وقبل تمام هذا التكوين ، لا تثبت له أية شخصية بعد فى نظر القانون .

ولكن مرحلة تكوين بعض الأشخاص الاعتبارية وتأسيسها ، وخاصة الشركات المساهمة ، قد يستغرق وقتا طويلا يقوم فيه المكونون أو المؤسسون

---

(١) ومع ذلك ، فشركات المساهمة لاكتسب الشخصية الاعتبارية الا بمقتضى ترخيص واعتراف خاص من المشرع .

( أنظر : محمد سامى مذكور ، المرجع السابق ، ص ١٤٣ . — مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ٤٤٨ ) .



بأعمال وتصرفات يقتضيها التكوين أو التأسيس وبقصد تحقيقه ، مما يرتب حقوقا والتزامات يجب تحديد من تسند اليه من الأشخاص • ويتجه الفقه الحديث «<sup>١</sup>» — أمام خطورة اسناد هذه الحقوق والتزامات الى المؤسسين — الى استباق تمام تكوين الشخص الاعتباري والاعتراف له من قبل ذلك بنوع من الشخصية في حدود غرض التكوين أو التأسيس وحده ، بحيث تسند اليه أثناءها — لا الى أشخاص المؤسسين — الحقوق والتزامات المتعلقة بالتأسيس •

وأيا كان الرأي في تأصيل مثل هذا الفقه واسناده الى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير أو الى فكرة الفضالة أو الى غيرها من الأسس ، فمن الثابت أن ثم تشابها بين مركز الشخص الاعتباري في مرحلة التكوين وبين مركز الشخص الطبيعي في مرحلة الحمل ، مما يبرر الاعتراف للشخص الاعتباري في هذه المرحلة بالشخصية كما يعترف ائقانون للجنيين قبل ولادته بالشخصية ، على أن يتوقف مصير اسناد الحقوق والتزامات الى الشخص الاعتباري في هذه المرحلة على تمام تكوينه تكوينا صحيحا من بعد كما يتوقف مصير الحقوق المسندة الى الجنين على تمام ولادته حيا «<sup>٢</sup>» • فاذا استحال من بعد تمام تكوين الشخص الاعتباري ، اعتبرت شخصيته كأن لم تقم أبدا وكأن لم تثبت له بالتالي حقوق أو التزامات قط •

غير أن التشابه بين الشخص الاعتباري في مرحلة التكوين وبين الجنين في مرحلة الحمل لا يعنى تطابقا تاما بينهما في المركز «<sup>٣</sup>» • فيبدو أن مدى

---

(١) Sébag, La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance, thèse Paris, 1938. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 92. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 429. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 608. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1053.

مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرات ٢٦٥ و ٢٢٢ و ٢٢٣ •

(٢) انظر سابقا ، فقرة ٢٧٦ •

(٣) في هذا المعنى :

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1053, p. 1274.



الشخصية الاعتبارية هنا أو أهلية وجوب الشخص الاعتبارى فى دور التكوين أوسع من أهلية وجوب الجنين ، فلا تقتصر فى الأصل مثلها على ما يتمحضر لصالحه من حقوق ، بل تنصرف كذلك الى ما قد يضره من التزامات «١» مادامت فى حدود وبقصد التأسيس .

وعلى أى حال ، فيبدو أن المشرع المصرى يسلم — فى بعض النصوص — بإمكان قيام شخصية للشخص الاعتبارى فى دور التكوين ؛ اذ ينص قانون الشركات المساهمة على أن المبلغ المدفوع من المكتتبين يودع لحساب الشركة تحت التأسيس ، وعلى وجوب تضمين عقد انشاء شركة المساهمة ونظامها بياناً تقريبياً لمقدار المصروفات والنفقات والأجور والتكاليف التى تلتزم الشركة بأدائها بسبب تأسيسها «٢» .

## المطلب الثالث

### مدى الشخصية الاعتبارية

#### ٣٣٦ — أهلية وجوب الشخص الاعتبارى المحدودة

اذا كان من الواجب التفرقة — كما سبق البيان — بين الشخصية القانونية وبين أهلية الوجوب على أساس اعتبار الأولى صلاحية كائن لأن ينسب اليه الحق والالتزام بصفة عامة أى الصلاحية المجردة واعتبار الثانية هى مدى هذه الصلاحية من حيث قصورها أو شمولها لكل الحقوق والالتزامات أى الصلاحية الواقعية «٣» ، فمن الواضح أن الشخص الاعتبارى له نفس ما للشخص الطبيعى من صلاحية مجردة لأنه صالح من حيث المبدأ مثله لأن يكون صاحب حق أو التزام فيتوافران اذن على ذات الشخصية،

---

Marty et Raynaud, op. cit., p. 1274, note (1).

(٢) مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ٤٢٣ ، ص ٤٤٨ و ٤٤٩ .

(٣) راجع سابقاً ، فقرة ٢٧١ .



ولكنهما يختلفان بعد ذلك في مدى هذه الصلاحية أى في الصلاحية الواقعية من حيث نطاق وقدر مايسند الى كل منهما من حقوق والتزامات فيتفاوتان اذن فيما لكل منهما من أهلية وجوب .

ذلك أنهما اذا كانا يتساويان في الشخصية أو الصلاحية المجردة ، فان بينهما رغم ذلك من اختلاف التكوين والغرض ما يفاوت بينهما في مدى هذه الصلاحية وسعة مايتفرع عنها من أهلية الوجوب . فمن الحقوق والالتزامات مايرتبط بطبيعة الانسان، فيستحيل اسناده الى الشخص الاعتبارى . وكذلك فارتهان وجود الشخص الاعتبارى وماله من قيمة اجتماعية بغرض معين ، يحتم حصره في حدود هذا الغرض ، ويحدد ماينسب اليه من حقوق والتزامات بما يدخل منها فحسب في هذا الغرض لا بما يجاوزه . وعلى هذا النحو، اذا كان الشخص الاعتبارى — كالشخص الطبيعى — صاحباً للحقوق والالتزامات ، فهو ليس حتماً صاحباً لنفس أو كل حقوق الشخص الطبيعى والتزاماته «<sup>١</sup>»؛ بل تضيق أهلية وجوبه عن أهلية وجوب الشخص الطبيعى، فتقتصر لزاماً عن الاحاطة ببعض ما تنسج له أهلية وجوب الشخص الطبيعى من حقوق والتزامات .

واذا كانت أهلية وجوب الشخص الاعتبارى أضيق نطاقاً من أهلية وجوب الشخص الطبيعى بوجه عام ، فلا يعنى ذلك أن الأشخاص الاعتبارية أشخاص وهمية افتراضية ، بل هى — كما سبق البيان — أشخاص واقعية لأنها تعبر عن حقائق وقيم اجتماعية مسلمة ، كل ما هنالك أن طبيعة تكوينها وارتهان وجودها بغرض معين يحددان منطقاً من أهلية وجوبها . وليس في انكماش أهلية الوجوب وعدم اكتمالها ما يطعن بوجه عام في وجود الشخصية «<sup>٢</sup>» أو فيما يثبت لها أصلاً من صفة حقيقية، ولذلك فرغم الانتقاص

---

(١) فى هذا المعنى :

Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 73.

(٢) انظر سابقاً ، ص ٧٠٩ ، ٧١٠ .



استثناء من أهلية وجوب بعض الأفراد تظل شخصيتهم قائمة وحقيقية ، ولا يختلف وضع الأشخاص الاعتبارية عن ذلك .

وإذا كانت أهلية وجوب الشخص الاعتباري أضيق نطاقا من أهلية وجوب الشخص الطبيعي بوجه عام ، فنراعى أنه إذا كان الأصل في شأن الاختلاف والتفاوت في أهلية الوجوب ؛ أى أنه لا توجد في الأصل أهلية نادرة ، فعلى خلاف ذلك يكون الأصل في شأن الأشخاص الاعتبارية هو الاختلاف والتفاوت في أهلية الوجوب ؛ أى أنه لا تندجد في الأصل أهلية وجوب واحدة للأشخاص الاعتبارية — كما هو الوضع بالنسبة للأشخاص الطبيعية — بل مجموعة من أهليات الوجوب المختلفة «<sup>١</sup>» ؛ ولذلك يقال ان المساواة المدنية بين الأشخاص الطبيعية غير قائمة بين الأشخاص الاعتبارية «<sup>٢</sup>» . و مرجع ذلك تفاوت أغراض الأشخاص الاعتبارية تفاوتاً كبيراً وتنوعها فيما بينها أنماطاً مختلفة ، مما يفاوت بالتالى بينها فيما يسند اليها من حقوق التزامات .

### ٣٣٧ — قيود أهلية وجوب الشخص الاعتباري

قلنا ان أهلية وجوب الشخص الاعتباري محدودة بالقياس الى أهلية وجوب الشخص الطبيعي بالنظر الى ما بين الشخصين من اختلاف في التكوين والغرض . ومعنى ذلك أنه ترد على أهلية وجوب الشخص الاعتباري قيود معينة لا ترد على أهلية وجوب الشخص الطبيعي . وهذه القيود يمكن ردها الى نوعين رئيسيين : نوع أول يرجع الى طبيعة تكوين الشخص الاعتباري واختلافه في ذلك عن الشخص الطبيعي ، اذ لا يتصور أن يسند الى الشخص الاعتباري ما يسند الى الشخص الطبيعي من حقوق والتزامات ملازمة لطبيعة الانسان ؛ ونوع ثان يفرضه مبدأ تخصص الشخص الاعتباري —

---

(١) قرب من ذلك :

Mazeaud, op. cit., t. I, No. 595.

(٢) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 73, pp. 88, 89



على خلاف الشخص الطبيعي — بفرض معين يتحدد به وحده مايسند اليه من حقوق والتزامات . فنعرض لكل من النوعين من القيود فيما يلي .

١ — الحقوق والالتزامات الملازمة لطبيعة الانسان: اذا كان الشخص الاعتباري يتمتع بالشخصية كالشخص الطبيعي ، فواضح أن الاختلاف بينهما في طبيعة التكوين يحتم تضيق أهلية وجوب الشخص الاعتباري عن أهلية وجوب الشخص الطبيعي واستبعاد اسناد الحقوق والالتزامات الملازمة لصفة الانسان الى الشخص الاعتباري . وقد عبرت عن هذا القيد الطبيعي الذي يرد على أهلية وجوب الشخص الاعتباري المادة ١/٥٣ من التقنين المدني بقولها « الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق الا ما كان منها ملازما لصفة الانسان الطبيعية » .

ولذلك فمن المستحيل عقلا تطبيق النظم المؤسسة على طبيعة الانسان، مثل تلك التي تفترض سنا أو جنسا أو قرابة «١» أو جسدا على الشخص الاعتباري . فمستنوع اذن أن يسند الى الشخص الاعتباري التزامات وحقوق الأسرة الناشئة عن الزواج، مثل حق المعاشرة الجنسية بين الأزواج، والسلطة الأبوية «٢» ، وحق النسب ، والطلاق والالتزام بالنفقة للأولاد أو الزوجة أو المطلقة ؛ أو أن تسند اليه الالتزامات والحقوق المتصلة بالكيان الجسدي للانسان ، مثل واجب الخدمة العسكرية أو حق السلامة الجسمية أو البدنية في رأى من يعده حقا ويدرجه تحت حقوق الشخصية ؛ أو أن

---

(١) Coulombel, Dalloz, op. cit., t. III, No. 43, p. 763.

(٢) ومع ذلك ، فبعض الشرائع الحديثة — كالقانون الفرنسي — يتيح اثبات بعض حقوق السلطة الأبوية لأشخاص اعتبارية معينة كمؤسسات المساعدة الاجتماعية . ولكن ظاهر أن ذلك ليس الا استثناء محضا مؤسسا على الافتراض وتقليد الحقوق المتفرعة عن رابطة الدم والنسب .

( انظر : Michoud, op. cit., t. II, No. 214, p. 87 ) .



تسند اليه الحقوق المترتبة على الزوجية أو القرابة حتى ولو كانت حقوقا مالية ، كحق الارث «١» .

ويذهب بعض الفقهاء الى انكار تمتع الشخص الاعتباري بالحقوق السياسية ، وخاصة حق الانتخاب والترشيح ، على أساس أنها من الحقوق الملازمة لصفة الانسان «٢» . ولكن الواقع أنه ليس في طبيعة الحقوق السياسية ما يفترض حتما نسبتها الى فرد انساني أو يجعلها من الحقوق الملازمة له والمقصورة عليه؛ اذ هي تعبير عن المشاركة في حكم الدولة ، وهذه المشاركة — كما تتصور من جانب الفرد — قد تتصور كذلك من جانب بعض الكائنات الجماعية المؤلفة خاصة من جماعات من الأشخاص ؛ والشرائع المختلفة تتضمن أمثلة على ذلك «٣» .

---

(١) ومن التجوز في التعبير اعتبار الدولة صاحبة حق في ارث من لاوارث له ( انظر مع ذلك : عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ١٧٤ ) . ذلك ان أسباب الارث — كما يحددها القانون — هي الزوجية والقرابة والعصوبة السببية ( انظر عمر عبد الله ، أحكام الموارث في الشريعة الاسلامية ، ١٩٥٥ ، ص ٣٨ — ٤٠ ) ، وكلها أسباب تفترض — كما هو ظاهر — وجود انسان ، فلا يتصور توافرها لشخص اعتباري كالدولة . والمشرع المصرى صريح على اى حال في أن استحقاق الدولة لتركة من لاوارث له هو استحقاق بغير طريق الارث، اذ تقضى المادة الرابعة من قانون الموارث لسنة ١٩٤٤ بأنه اذا لم يوجد ورثه ، ولم يوجد مقر له من الميت بنسب على الغير أو موصى له بما زاد على الثلث ، آلت التركة أو مابقى منها الى الخزانة العامة ( انظر : عمر عبد الله ، المرجع السابق، ص ٢١٠ و ٢١١ و ٢١٤ ) . فاستحقاق الدولة لتركة من لا وارث له لا يثبت لها اذن بمقتضى حق في الارث ، وانما بمقتضى مالها من حق الولاية العامة على الاموال التى لامالك لها (في هذا المعنى : محمد سامى مذكور، المرجع السابق، ص ١٦١ هامش (١) ) .

(٢) جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، ص ١٨٦ . — عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ١٣٠ ، ص ١٧٩ .

(٣) فمن ذلك أن الولايات هي التى تمثل فى مجلس الشيوخ الأمريكى ،



وقد اختلف في شأن الحق المعنوي للمؤلف على مصنفه ، هل يعتبر من الحقوق الملازمة لطبيعة الانسان فيستحيل بالتالى اسناده الى الشخص الاعتباري ، أم لا يعتبر من هذه الحقوق فيتصور ثبوته للشخص الطبيعي وللشخص الاعتباري على السواء . وقد سبق أن أشرنا الى أن المشرع المصري قد اعترف صراحة للشخص الاعتباري بوصف المؤلف وحقوق المؤلف المعنوية على المصنفات الجماعية التي يوجه وينظم ابتكارها ويتكفل بنشرها تحت ادارته وباسمه ، وهي المصنفات التي يشترك في وضعها جماعة بتوجيهه ويندمج عمل المشتركين فيها في الهدف العام الذي يقصده بحيث لا يمكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حدة ( م ٢٧ من قانون حماية حق المؤلف « ١ » . بل وحل المشرع المصري مشكلة حساب مدة الخمسين سنة التي ينتهي بمضيها احتكار استغلال المصنف اذا كان المؤلف شخصا اعتباريا ، فجعلها تبدأ من تاريخ النشر ( م ٣/٢٠ ) « ٢ » .

غير أن هذا المسلك محل نظر « ٣ » ، فلا هو بالموافق لحكم الطبيعة ، ولا هو بالمحتوم في حكم الضرورة . اذ ظاهر أن الابتكار أو الخلق الذهني — وهو معيار المؤلف وحقوقه المعنوية — ليس الا نتيجة وعى وتفكير عقلي ، وصدى انفعال وانطباع نفسى ، وهو مالا يتصور صادرا الا عن الانسان وحده باعتباره الكائن المتوافر على عقل ونفس وقدرة على الاستخراج منهما

= وان الجامعات تمثل في مجلس العموم البريطانى  
(Michoud, op. cit., t. II, Nos. 223, 224)

وان بعض الدساتير تأخذ بتمثيل المهن والحرف في المجالس التشريعية ( انظر : عبد الحميد متولى ، الوسيط في القانون الدستورى ، ١٩٥٦ ، ص ٢١٢ وما بعدها ) . وان الدستور المصرى لسنة ١٩٥٦ يجعل للاتحاد القومى حق الترشيح لعضوية مجلس الأمة ( م ٢/١٩٢ ) .

(١) انظر سابقا ، ص ٦٤٣ و ٦٤٤ .

(٢) انظر سابقا ، ص ٦٦٠ .

(٣) انظر كذلك في انكار وصف المؤلف على الشخص الاعتباري :

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1058, p. 1280.

شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ١١١ و ١١٢ .



والتعبير؛ فيكون من الافتراض وقسر الطبيعة اذن تصوير الشخص الاعتباري بوصفه مؤلفا كالشخص الطبيعي «١» ، وهو على تقيضه يفتقد — بحسب تكوينه — أداة ومناط الابتكار والخلق الذهني .

وليس ثم بعد من مقتضيات الضرورة ما يحتم أو يرر هذا الافتراض ، اذ يغنى عنه التسليم بحقيقة الواقع من اسناد وصف المؤلف وحقوقه المعنوية الى مبتكريه الحقيقيين من الأفراد ، واسناد احتكار استغلاله الى الشخص الاعتباري بوصفه راعى الابتكار ومنظمه ، مما يحفظ على المبتكر الحقيقي حقه الطبيعي في الأبوة الروحية والذهنية للمصنف ويحقق في نفس الوقت للشخص الاعتباري هدفه من رعاية الابتكار بنشر المصنف تحت ادارته وباسمه ولحسابه ؛ وبذلك تحترم المقتضيات الطبيعية والاعتبارات العملية على السواء . وأما التخوف مما قد يجره هذا الوضع من عرقلة الهدف المقصود من التوجيه الى ابتكار مثل هذا المصنف ونشره نتيجة احتمال التعسف من جانب المؤلفين في استعمال سلطات حقهم المعنوي ، أمام المسلم اليوم من مسؤولية اصحاب الحقوق والتقييد من سلطاتها نتيجة الرقابة المبسطة على استعمالها «٢» ، تلك الرقابة التي قد تصل في بعض الأحوال الى التوقي مقدما من أخطار هذا التعسف بمنع المؤلف — كما رأينا — من مباشرة بعض سلطات حقه المعنوي الرئيسية — مثل سلطة التعديل والسحب من التداول — عند انعدام المبرر القوي المشروع لذلك ( م ٤٢ من قانون حماية حق المؤلف ) «٣» .

وعلى أى حال ، فالمرجع المصرى اذا كان يعد الشخص الاعتباري

---

(١) Desbois, op. cit., No. 163.

وانظر سابقا ، ص ٦٤٤ .

(٢) فى هذا المعنى :

Desbois, ibid.

(٣) انظر سابقا ، ص ٦٥٨ .



مؤلفا ، فهو لا يقرر له بذلك صلاحية عامة في هذا الشأن ، وانما يعده مؤلفا في حالة المصنفات الجماعية وحدها وبالتحديد والشروط التي حددها لهذا النوع من المصنفات (م ٢٧) «١» . ومادام اعطاء الشخص الاعتباري وصف المؤلف ليس الا من قبيل الافتراض كما قلنا وعلى سبيل الاستثناء بالتالي ، فلا ينبغي التوسع في ذلك في غير حالة المصنفات الجماعية .

٢ - مبدأ التخصص (٣) : اذا كان الأصل أن الشخص الطبيعي صالح ليكون صاحبا للحقوق والالتزامات عامة دون تحديد ، فالشخص الاعتباري — على خلاف ذلك — تخصص صلاحيته لذلك دون تعميم فلا يصلح صاحبا الا للحقوق والالتزامات المتعلقة بغرضه دون غيرها مما يجاوز هذا الغرض .

ويرجع هذا الاختلاف الجوهرى ، الذى تضيق نتيجة له أهلية وجوب الشخص الاعتباري عن أهلية وجوب الشخص الطبيعي ضيقا كبيرا ، الى الاختلاف المحتوم في الغرض بين الشخصين .

فالشخص الطبيعي لا ينحصر في غرض بعينه ، لأن قيمته الاجتماعية تأنيه من ذاته بصرف النظر عما يسلك من سبل نشاط أو يستهدف من أغراض مختلفة ؛ ولذلك فالأصل أن كل الأغراض مباحة ومطروقة له دون حصر أو تحديد ما دامت لاتنافى حكم القانون «٢» ، فلا تخصص صلاحيته لوجوب الحقوق له أو عليه اذن بغرض معين أو جملة معينة من الأغراض ، بل تتسع لتستوعب كل غرض مشروع أيا كان هو وما يتعلق به من حقوق والتزامات .

---

(١) انظر سابقا ، ص ٩٤٣ .

(٢) انظر في ذلك بوجه خاص :

Michoud, op. cit., t. II, Nos. 243-258. — Capitant, op. cit., No. 193. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1059. — Coulombel, Dalloz, op. cit., No. 36-41, pp. 762, 763.

(٣) في هذا المعنى :

Michoud, op. cit., t. II, No. 243. — Capitant, op. cit., No. 193, p. 245. — Coulombel, op. cit., No. 36, p. 762.



أما الشخص الاعتبارى ، فالأصل — كما قلنا — أن قيمته الاجتماعية تتأتى من قيمة الهدف الذى يسعى الى تحقيقه ومن قدرته وأفضليته على الكائن الفردى فى هذا التحقيق «<sup>١</sup>» ، وهو ما يعنى ارتهان وجوده وقيام شخصيته بهذا الهدف بعينه دون غيره من الأهداف ، وما يحدد بالتالى اطار حياته القانونية المستقلة بحدود هذا الغرض ، فيحتم تخصصه به وانحصاره فيه بحيث لا يصلح مركزا الا لما يتعلق به وحده دون غيره من حقوق والتزامات «<sup>٢</sup>» . ولذلك يخضع الشخص الاعتبارى — دون الشخص الطبيعى — لمبدأ التخصص بغرض معين ( Le principe de la spécialité ) ، مما ينكمش بأهلية وجوبه عن أهلية وجوب الشخص الطبيعى الطليقة المتسعة لمختلف ومتعدد الأغراض .

ومبدأ التخصص الذى يقيد ويحد من أهلية وجوب الشخص الاعتبارى على هذا النحو مبدأ مسلم . وقد كان مرتبطا أول الأمر بنظرية الشخصية الاعتبارية الافتراضية ، حتى ذهب الظن الى أنه بعض آثارها وتائجها ، وأن من الواجب بالتالى تلاشيهِ اليوم أمام تراجع هذه النظرية واستقرار الايمان بحقيقة الشخصية الاعتبارية .

ولكن الواقع أن هذا المبدأ واجب التسليم أيا كان وجه النظر فى طبيعة الشخصية الاعتبارية . وقد يكون غريبا أن يصح هذا المبدأ فى ظل النظريتين المتعارضتين على السواء ، ولكن صحته فى ظلها لاتعنى وحدة أساسه فيهما ، وانما يختلف هذا الأساس فى كل منهما عنه فى الأخرى . فأساس هذا المبدأ عند نظرية الافتراض ، أن الشخصية الاعتبارية مادامت منحة من خلق المشرع وصنعه ، فيملك المشرع كذلك الحد من مداها وقصر ما يتفرع عنها من أهلية وجوب على القدر الضرورى من منحها وخلقها . ولكن أساس هذا المبدأ يتغير بطبيعة الحال فى منطق النظر الى

(١) انظر سابقا ، ص ٩٠٠ — ٩٠٢ .

(٢) قارن : : Michoud, op. cit., t. II, No. 243, pp. 153-155 .



الشخصية الاعتبارية بوصفها حقيقة واقعية ، اذ مادامت هذه الحقيقة مرتبطة بالغرض الذى يستهدف الشخص الاعتبارى تحقيقه وبما يمثل هذا الغرض من قيمة اجتماعية ، فمقتضى ذلك وجوب انحصار حياته القانونية فى نطاق هذا الغرض وحده «<sup>١</sup>» ، وتركز صلاحيته فيما يندرج تحت هذا الغرض من حقوق والتزامات وتلاشيها فيما يجاوزها منها «<sup>٢</sup>» . فمبدأ التخصص لا يناقض اذن ماللشخصية الاعتبارية من صفة حقيقة ، بل هو أسد منطقاً وأفضل تأصيلاً باستقراره على هذه الحقيقة من اقامته على الصفة الافتراضية المزعومة للشخصية الاعتبارية .

واذا كانت الأشخاص الاعتبارية تخضع لمبدأ التخصص ، فيراعى أن تخصصها بغرض معين قد يكون تخصصاً قانونياً ( *spécialité légale* ) وقد يكون تخصصاً نظامياً ( *spécialité statutaire* ) «<sup>٣</sup>» . ويتحقق التخصص القانونى نتيجة انتماء الشخص الاعتبارى الى نموذج معين دون غيره من نماذج الأشخاص الاعتبارية التى يحددها القانون «<sup>٤</sup>» ، كالشركة تتخصص باقتسام الربح ، والجمعية تتخصص بغرض غير الحصول على ربح مادى ، والمؤسسة

(١) قرب من ذلك :

Michoud, op. cit., t. II, No. 244. — Saleilles, op. cit., pp. 641, 642.

(٢) ويفرغ بعض الفقهاء على اختلاف أساس مبدأ التخصص تبعاً للأخذ بنظرية الافتراض أو بنظرية الحقيقة ، أن هذا المبدأ فى ظل نظرية الافتراض لا يقبل التوسع فى تفسيره مثلما يقبله فى ظل نظرية الحقيقة . اذ امام اعتبار الشخصية منحة فى النظرية الاولى ، ينبغى تفسير مدى هذه المنحة طبقاً لارادة المشرع المانع ، وهو بالضرورة تفسير ضيق . واما فى النظرية الثانية حيث لا تعتبر الشخصية منحة ، فتفسر القيود الواردة على اهلية الوجوب اذن فى حدود ما يرسمه نظام الشخص الاعتبارى من مجال وبخطه من هدف ، أى طبقاً لارادة الخاصة واضمة هذا النظام ، وهو ما يسمح بالتفسير الواسع . ( انظر فى ذلك : Saleilles, op. cit., pp. 643, 644 ).

(٣) ولعل هذا هو ما يعنيه المشرع المصرى بنصه ( م ٢/٥٣ ب مدنى ) على أن للشخص الاعتبارى « اهلية فى الحدود التى يعينها سند انشائه أو التى يقررها القانون » عن طريق تحديد غرضه .

(٤) Coulombel, Dalloz, op. cit., Nos. 37, 38, p. 762. — Marty

et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1059, p. 1281



تتخصص بعمل من أعمال البر أو الرعاية الاجتماعية أو النفع العام • ويتحقق التخصص النظامي عن طريق النص في نظام الشخص الاعتباري على موضوع أكثر تحديدا داخل نطاق الغرض الأصلي والتخصص القانوني «١» ، كتخصص شركة بصناعة المنسوجات القطنية ، أو جمعية باحياء التراث الأدبي القديم ، أو مؤسسة برعاية اليتامى من الأطفال أو تشجيع الطلبة المتفوقين في فرع من فروع العلم والمعرفة ؛ أو عن طريق التصريح في نظام الشخص الاعتباري باستبعاد بعض الموضوعات الداخلة في نطاق الغرض الأصلي والتخصص القانوني «٢» •

وإذا كان مبدأ التخصص يقيد ويحد من أهلية وجوب الشخص الاعتباري على هذا النحو ، فسنرى من بعد أثره كذلك في الحد من نطاق نشاطه •

## المطلب الرابع

### مميزات الشخصية الاعتبارية

٣٣٨ - تمهيد

إذا كان للشخص الاعتباري من الشخصية ما للشخص الطبيعي رغم تفاوتهما في مدى أهلية الوجوب على ماتيينا، فثم مميزات للشخص الاعتباري مقابلة لمميزات الشخص الطبيعي ، ولكن دون أن يعنى ذلك قيام تماثل وتطابق كامل بينهما في مدلول هذه المميزات أو في الضوابط والعناصر التي تتحدد بها ، اذ يبقى بينهما من الفروق في طبيعة التكوين والغرض ما يفرق بينهما في عناصر أو مدلول ما يتوافران عليه من نفس المميزات •

فنعرض فيما يلي لمميزات الشخصية الاعتبارية المقابلة لمميزات الشخصية الطبيعية من حالة واسم وموطن • ونعرض كذلك لما يميز الشخصية

(١) Coulombel, Dalloz, op. cit., No. 41, p. 763.

(٢) Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1059, pp. 1282.



الاعتبارية من توافرها على ذمة مالية خاصة بها مستقلة عن ذمم أعضائها  
أو منشئها من الأشخاص الطبيعيين .

### ٣٣٩ - حالة الشخص الاعتبارى

إذا كان الشخص الطبيعى - كما رأينا - يتميز بحالة معينة تحدد  
أساسا مركزه من الدولة ومن الأسرة وأحيانا من الدين «١» ، فواضح أن من  
أنواع هذه الحالة ما لا يتأتى نسبته الى الشخص الاعتبارى نظرا لاختلاف  
طبيعته وتكوينه عن طبيعة وتكوين الشخص الطبيعى . اذ من البديهي أنه  
لا يتصور وجود حالة عائلية للشخص الاعتبارى ، فهى حالة قاصرة بالطبيعة  
على الفرد الانسانى، ولذلك أشرنا من قبل الى عدم تمتع الشخص الاعتبارى  
بما يتمتع به الشخص الطبيعى من حقوق الأسرة . وأما الحالة الدينية ، وهى  
تقوم على فكرة الانتماء الى دين أو عقيدة دينية معينة ، فواضح أنها كذلك  
من خصائص الانسان وحده الذى تتوجه اليه الأديان فيرتبط بأحدها ارتباطا  
إيماناً، ولذلك فاذا كانت بعض الدساتير تنص على دين معين للدولة «٢» ، فليس  
معنى ذلك أن للدولة عقيدة دينية وحالة دينية كالأفراد تؤثر فى مدى ما تتمتع به من  
حقوق ، وإنما القصد من ذلك مجرد اعلان بالاعتزاز بالدين الذى ينتمى اليه  
غالبية رعايا الدولة ، ولكن دون فرضه على من لا يدينون به من الرعايا  
والقاطنين ، فقد صارت حرية العقيدة الدينية اليوم فى طبيعة الحريات  
الأساسية للفرد التى تلتزم كل دولة باحترامها وتوفيرها للأفراد جميعا دون  
تفرقة . فتبقى بعد ذلك الحالة السياسية أو الجنسية ، وهذه يتصور توافرها  
للشخص الاعتبارى كالشخص الطبيعى، ولكن مع اختلاف بينهما فى مدلولها  
وعناصرها .

---

(١) انظر سابقا ، ص ٧٣٧-٧٤٩ .

(٢) كنص الدستور المصرى لسنة ١٩٢٣ لسنة ١٩٥٦ على ان الاسلام  
دين الدولة المصرية .



**جنسية الشخص الاعتباري (١):** يذهب كثير من الفقهاء الى انكار تميز الشخص الاعتباري بجنسية على غرار الشخص الطبيعي ، ولا يرون ، في الجنسية المزعومة للشخص الاعتباري الا صدى للمحاولات الفقهية غير الموافقة لاصطناع تشابه وتماثل تام بين الشخص الاعتباري والشخص الطبيعي . ذلك أن الجنسية هي رابطة قانونية وسياسية بين الدولة والأفراد المكونين لها ، بحيث يتحدد بها عنصر الشعب في الدولة ، وهو ما يجعلها عقلا قاصرة على أفراد الناس وحدهم اذ من غير المتصور النظر الى الأشخاص الاعتبارية بوصفها أعضاء في دولة أو جزءا من شعب «٢» . وكذلك فان الجنسية انما تبنى على ما يقوم بين الأفراد ووطنهم من روابط عاطفية ونفسية مختلفة ، وليس لمثل هذه الروابط بداهة معنى أو وجود بالنسبة الى الأشخاص الاعتبارية التي ليس لها جسم يتحمل بالآلام أو روح يتعلق بالمثل والآمال «٣» .

(١) راجع في ذلك :

Michoud, op. cit., t. II, Nos. 315-332. — Niboyet, Cours de droit international privé français, 2e éd., 1949, Nos. 255-272, 348-361; Traité de droit international privé français, t. I, 2e éd., Nos. 77-79, t. II, 2e éd., Nos. 750 et s. — Batiffol, Traité élémentaire de droit international privé, 1949, Nos. 192 et s. — Lerebours - Pigeonnière, Précis de droit international privé, 6e éd., 1954, Nos. 172 et s.

Capitant, op. cit., No. 184. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 83. — Ripert et Boulanger, op. cit., No. 435. — Mazeaud, op. cit., No. 617. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 1074.

عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص المصري ، ج ١ ، الجنسية والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق ( مركز الأجانب ) ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٤ ، فقرات ٢١٢-٢٢٥ . — أحمد مسلم ، القانون الدولي الخاص ، ج ١ ، الجنسية ومركز الأجانب ، ١٩٥٦ ، فقرات ٣٧٨-٣٩٨ و ٤١٢-٤١٦ . — محمد كمال فهمي اصول القانون الدولي الخاص ، ١٩٥٥ ، فقرات ٢١٧-٢٢٣ . — شمس الدين الوكيل ، الجنسية ومركز الأجانب في مصر ، ١٩٥٨ ، فقرات ١٩٨-٢٠٣ .

(٢) في هذا المعنى :

Niboyet, Cours, op. cit., No. 257, p. 233.

(٣) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 83



ولكن انكار الجنسية على الشخص الاعتبارى على هذا النحو انما يقوم على افتراض أن مميزات الشخص الطبيعى لا يمكن ثبوتها للشخص الاعتبارى الا على نفس العناصر وفي نفس الحدود ؛ وهو تماثل غير متصور التحقيق فى العمل ، لأن الشخص الاعتبارى اذا كان يتوافق — كالشخص الطبيعى — على ذات الشخصية فلا يعنى ذلك أنه نسخة ثانية منه ، بل ان بينهما من الاختلاف فى الطبيعة والتكوين ما يحتم الاختلاف بينهما فى مدلول وعناصر مميزاتها المتقابلة ، دون أن يؤدي ذلك الى انكار هذه المميزات على أحد الشخصين دون الآخر . فاذا كان للشخص الطبيعى مثلا اسم يلحقه عن طريق النسب، ولم يكن مثل هذا الطريق بالمتصور فى شأن الشخص الاعتبارى ، فلا يجب أن يستخلص من ذلك انكار الاسم على الشخص الاعتبارى ، بل يكون له اسم يتميز به كالشخص الطبيعى وان قام بين الاسمين اختلاف طبيعى نتيجة ما يقوم بين الشخصين من اختلاف فى الطبيعة والتكوين . وكذلك ليس معنى أن الجنسية تحدد عنصر الشعب فى الدولة وثبتت للشخص الطبيعى وصف العضوية فيها ، أنها تنتج حتما نفس الأثر وتقوم على نفس العناصر بالنسبة الى الشخص الاعتبارى والا امتنع ثبوتها له؛ فالاختلاف محتوم بين الجنسيتين مثل ما هو محتوم بين الشخصين .

والواقع أنه رغم الاختلاف القائم بين جنسية الشخص الاعتبارى وجنسية الشخص الطبيعى نتيجة ما بينهما من اختلاف فى الطبيعة والتكوين، فالفكرة واحدة فى الجنسيتين وهى وجود رابطة من التبعية بين الشخص وبين دولة معينة . ومثل هذه الرابطة قائمة فى شأن الشخص الاعتبارى ، ويسلم بقيامها وضرورتها من كرو جنسية الشخص الاعتبارى أنفسهم «<sup>١</sup>» ، اذ بوصفه شخصا تتوافق له — كالشخص الطبيعى — صلاحية ووجوب الحقوق والالتزامات ، لا بد له مثله من الارتباط بدولة ما تحكم بقانونها



نظامه وسيره وتحديد ما يتمتع به من حقوق داخلها «<sup>١</sup>» ، وتبسط عليه حمايتها خارج حدودها «<sup>٢</sup>» . فكأن الخلاف بين منكرى جنسية الشخص الاعتبارى وأنصارها ليس فى حقيقته خلافا على وجود مثل هذه الرابطة أو التبعية فى شأن الشخص الاعتبارى وانما هو خلاف على تسميتها ؛ وليس من حرج فى تسميتها باصطلاح الجنسية ، طالما يظل واضحا الاختلاف الطبيعى والمحتوم بين جنسية الشخص الاعتبارى وجنسية الشخص الطبيعى «<sup>٣</sup>» ، وأن لكل من الشخصين الجنسية الموافقة لطبيعته .

وإذا كان للشخص الاعتبارى جنسية بهذا المعنى الذى يؤكد تبعيته لدولة معينة ، سواء تبعيته القانونية فى شأن خضوع نظامه ونشاطه لقانون هذه الدولة أو تبعيته السياسية فى شأن تمتعه بحقوق الوطنيين داخل الدولة وشموله بحماية الدولة للوطنيين خارجها ، فينبغى تحديد ضوابط ومعايير هذه الجنسية ، وهى بالضرورة ضوابط ومعايير نسبية تختلف باختلاف الزمان والمكان .

وعلى أى حال ، فيذهب جانب من الفقه فى هذا الشأن الى الفصل بين التبعية القانونية والتبعية السياسية وتحديد معيار مستقل لكل منهما ، فيكون معيار الأولى هو مركز الادارة الرئيسى الفعلى للشخص الاعتبارى وهو المعيار السائد فى كثير من الشرائع ، ومعيار الثانية هو السيطرة أو الرقابة الفعلية على الشخص الاعتبارى «<sup>٤</sup>» . ولذلك ليس ثم ما يمنع فى

---

(١) اذ الأصل أن الوطنيين المرتبطين بالدولة برابطة التبعية يتمتعون بحقوق أكبر مما يتمتع به الأجانب غير المرتبطين بهذه الرابطة ، فيكون من اللازم حينئذ التمييز بين الشخص الاعتبارى الوطنى والشخص الاعتبارى الأجنبى .

(٢) فى هذا المعنى :

Lerebours-Pigeonnière, op. cit., No. 172.

(٣) فى هذا المعنى :

Batiffol, op. cit., No. 192.

عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، فقرة ٢١٣ .

(٤) Niboyet, Cours, Nos. 251-272; Traité, t. II, Nos. 769 et s. (§).



منطق هذا النظر من تبعية شخص اعتباري تبعية قانونية لدولة معينة لوجود مركز ادارته الرئيسي الفعلي في اقليمها ، وعدم تبعيته لها في نفس الوقت تبعية سياسية اذا كانت السيطرة أو الرقابة الفعلية عليه في يد أفراد من الأجانب ، فيخضع نظامه القانوني اذن لقانون هذه الدولة ، ولكنه لا يتمتع فيها بنفس ما يتمتع به الوطنيون من حقوق .

ولكن يبدو أن مثل هذه التفرقة توجد ازدواجا غير مرغوب فيه في شأن معيار جنسية الشخص الاعتباري ، وأن من الأفضل الوقوف في الأصل عند معيار واحد تتحدد به جنسية الشخص الاعتباري الوطنية أو الأجنبية وتبعيته القانونية والسياسية على السواء ، بصرف النظر عن جنسية أعضائه أو المهيمنين عليه من الأفراد أمام استقلال شخصيته عن شخصياتهم . وليس معنى ذلك رفض فكرة الرقابة وعدم اعمالها اطلاقا ، فقد كشفت ظروف الحربين العالميتين الماضيتين عن فائدتها في الكشف عن النشاط الأجنبي والمصالح الأجنبية المعادية المستترة وراء الطابع الوطني لجنسية بعض الأشخاص الاعتبارية والشركات منها خاصة ، مما يوجب ويبرر معاملة هذه الأشخاص معاملة الأجانب الأعداء وحرمانها من التمتع بحقوق الوطنيين في مثل هذه الظروف العصيبة ؛ وانما يكون الالتجاء الى فكرة الرقابة على سبيل الاستثناء للحد مما تتمتع به الأشخاص الاعتبارية الوطنية في الأصل من حقوق ، حيث تقتضي ذلك ظروف استثنائية خاصة كالحرب ، أو قوانين خاصة تتطلب تدخل المشرع باعمال فكرة الرقابة وبيان حدودها «<sup>١</sup>» .

= عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، فقرات ٢١٥ و ٢١٧ . — محمد كمال فهمي ، المرجع السابق ، فقرات ٢١٨-٢٢٢ .

(١) انظر في توحيد معيار جنسية الشخص الاعتباري والاعتداد بعنصر الرقابة استثناء على هذا النحو :

Batiffol, op. cit., Nos. 197, 198. — Lerebours-Pigeonnière, op. cit., Nos. 174, 182, 184.

أحمد مسلم ، المرجع السابق ، فقرات ٤١٢ و ٤١٥ و ٤١٦ . — شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، فقرة ٢٠٢ ، ص ٦٥٢ و ٦٥٣ .



ولذلك اذا اعتبر المركز الرئيسى الفعلى هو المعيار الاصلى لجنسية الشخص الاعتبارى ، فمقتضى ذلك أن جنسية كل شخص اعتبارى تتحدد بالدولة التى يوجد فيها مركزه هذا ، فيخضع لقانونها نظامه ويتمتع فيها بما يتمتع به الوطنيون من حقوق . وليس للرقابة الأجنبية عليه بخضوعه للسيطرة الفعلية لرعايا من الأجانب أى تأثير فى الأصل على جنسيته الوطنية . ولكن اذا اقتضت ظروف استثنائية الاعتداد بمثل هذه الرقابة حماية للصالح الوطنى العام ، فليس من شأن ذلك اسقاط جنسيته الوطنية الأصلية وانما مجرد الحد مما يتمتع به من حقوق . وليس فى ذلك عجب أو غرابة ، طالما أن الشخص الاعتبارى رغم كيانه المستقل لا يمكن فصله وتجريده تماما عن القائمين بأمر توجيهه ورقابته والسيطرة عليه من الأشخاص الطبيعيين الذين قد تختلف تبعيتهم وجنسياتهم عن تبعيته وجنسيته ، مما يوجب الاعتداد بعنصر هذه الرقابة الأجنبية حيث يبدو فى الظروف الاستثنائية خطرها على الصالح الوطنى ، أو حيث يتعلق الأمر ببعض القوانين التى تقوم على فكرة التضامن الوطنى « ١ » . ففكرة الرقابة اذن فكرة احتياطية يستعان بها فى ظروف خاصة أو بنصوص خاصة للحد مما يتمتع به الشخص الاعتبارى الوطنى من حقوق بالنظر الى خضوعه لتوجيه أجنبى أو سيطرة أجنبية ، حيث يتكشف قصور معيار الجنسية الاصلى عن حماية الصالح الوطنى فى شأنها .

ويبدو أن المشرع المصرى يجرى على هذا النهج . فهو يعتد أصلا فى تحديد جنسية الشخص الاعتبارى بمعيار مركز الادارة أو المركز الرئيسى الفعلى « ٢ » وهو المعيار الغالب فى كثير من الشرائع كما أشرنا ، كما يفعل

(١) مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٨٢ ، ص ٣١٥ .

(٢) ويخرج البعض ذلك على أساس نص المادة ١١/٢ من التقنين المدنى القاضى بأن « . . . النظام القانونى للأشخاص الاعتبارية الأجنبية ، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها ، يسرى عليه قانون الدولة التى اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز ادارتها الرئيسى الفعلى . . . » . ولكن يبدو أن هذا



باشرطه في الجمعيات والمؤسسات الخاصة أن يكون مركزها في مصر «<sup>١</sup>» ،  
وان كان في شأن بعض أنواع الشخص الاعتباري يعزز هذا المعيار بمعيار  
مكان التأسيس ، كما يفعل في شأن الشركات المساهمة «<sup>٢</sup>» بنصه على أن  
« جميع الشركات المساهمة التي تؤسس في القطر المصري يجب أن تكون  
مصرية وأن يكون مركزها الأصلي بالقطر المذكور » ( م ١٤ تجاري ) «<sup>٣</sup>» .

غير أن المشرع المصري يعتد بفكرة الرقابة الأجنبية على الشخص  
الاعتباري المصري للحد من تمتعه ببعض حقوق الوطنيين رغم جنسيته  
المصرية الثابتة ، وذلك في ظروف استثنائية خاصة أو بصدد قوانين معينة  
بالذات . فمن ذلك تقريره الحراسة أثناء الحرب العالمية الثانية على  
أموال الشركات والجمعيات التي كانت تعمل بأشراف رعايا الأعداء من  
الألمان أو الإيطاليين أو تدخل لهم فيها مصالح هامة ، وتقريره الحراسة  
كذلك أثناء العدوان الثلاثي على مصر سنة ١٩٥٦ على أموال الشركات  
والمؤسسات والجمعيات المصرية المعتبرة خاضعة لأشراف رعايا الأعداء من

---

النص ، وهو متعلق بمشكلة التنازع بين القوانين وتحديد القانون الواجب  
التطبيق على الأشخاص الاعتبارية الأجنبية ، لا يفيد في تحديد معيار الجنسية  
المصرية للشخص الاعتباري . ( انظر في هذا المعنى : شمس الدين الوكيل ،  
المرجع السابق ، فقرة ٢٠١ ، ص ٦٤٣ ) .

(١) م ٣ و ٥٨ من القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ بشأن الجمعيات  
والمؤسسات الخاصة ، وهما ترديد لنص المادتين ٥٥ و ٧٠ من التقنين المدني  
المنسوختين بهذا القانون .

(٢) قارن مع ذلك :

مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٨١ ، ص ٣١٢ .

(٣) ومع ذلك يعتد القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ « بشأن بعض الأحكام  
الخاصة بشركات المساهمة وشركات التوصية بالاسهم والشركات ذات المسؤولية  
المحدودة » بأحد ضوابط ثلاثة : محل التأسيس أو مركز الإدارة أو مباشرة  
النشاط الرئيسي في مصر ؛ غير أن هذه المعايير قاصرة فقط على تحديد ولاية  
هذا القانون ( انظر : شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، هامش (١) ص  
٦٤٤ و ٦٤٥ ) .



البريطانيين أو الفرنسيين أو داخله لهم فيها مصالح هامة «١» . ومن ذلك أيضا اقدم المشرع المصرى على الاعتداد بفكرة الرقابة مقدما رعاية للمصالح الوطنى بالنسبة لشركات المساهمة خاصة ، باشتراطه الاحتفاظ بنسبة معينة للمصريين فى تكوين مجلس الادارة وفى عدد المستخدمين والعمال وتخصيص نسبة معينة من الأسهم للمصريين «٢» .

#### ٣٤٠ - اسم الشخص الاعتبارى

إذا كان للشخص الطبيعى - كما رأينا - اسم معين، فكذلك للشخص الاعتبارى اسم يتميز به ويكون العلامة الخارجية لشخصيته بما يتيح تعيينه ويمنع اختلاطه بغيره من الأشخاص . ويشترط المشرع عادة ذكر الاسم عند انشاء الشخص الاعتبارى ، فهو يتطلب مثلا ذكر اسم الجمعية فى نظامها المكتوب ، واسم المؤسسة فى السند الرسمى أو الوصية المنشئة لها ( م ٣ و ٥٨ من القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة ) .

والغالب - خاصة فى شأن أشخاص القانون الخاص الاعتبارية - تعبير الاسم عن الغرض الذى يستهدفه الشخص الاعتبارى كما فى الجمعيات والمؤسسات وشركات المساهمة ، ولكنه أحيانا - كما فى شأن شركات الأشخاص - قد يكون أساسا اسم فرد أو أكثر من أعضاء الشخص الاعتبارى ولكن مضافا اليه ما ينفى النشاط الفردى ويشعر بوجود الشخص الاعتبارى واستقلاله عن شخصية أعضائه .

---

(١) انظر فى ذلك :

شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٦٤٦-٦٤٨ .

(٢) انظر فى ذلك :

شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٦١٧ و ٦٥٣ و ٦٥٤ .  
وقد يصل الامر الى حد استبعاد كل اثر للرقابة أو المصالح الاجنبية فى شأن بعض الأشخاص الاعتبارية ذات الأهمية البالغة بالنسبة الى اقتصاد الدولة، كما فعل المشرع المصرى أخيرا فى شأن البنوك وهيئات التأمين باستلزامه أن تتخذ شكل شركة مساهمة مصرية وأن تكون أسهمها اسمية ومملوكة لمصريين ( انظر : شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٦١٩ و ٦٥٤ ) .



وإذا كان لاسم الشخص الطبيعي — على الأقل في حدود اللقب — صفة عائلية لتأتيه عن طريق النسب بما يجعله غير مقصور على فرد واحد بل يشترك في حمله أفراد نفس الأسرة ، فمن غير المتصور أن يثبت لاسم الشخص الاعتباري مثل هذا الوصف العائلي ولذلك يكون مقصورا عليه وحده «١» .

وإذا كان اسم الشخص الاعتباري اسما يمارس التجارة تحته ، فيكتسب بذلك قيمة مالية تباعد في الخصائص بينه وبين اسم الشخص الطبيعي اللصيق بالشخصية ، ولذلك يصبح — على خلافه — داخلا في دائرة التعامل مما يجعل الحق فيه محلا للتصرف والاكتساب أو السقوط بالتقادم «٢» . ولكن يجب مراعاة ماسبق بيانه من عدم انفصال أو استقلال هذا الاسم عن المحل التجاري المخصص له ، ولذلك لايجوز التصرف فيه تصرفا مستقلا عن التصرف في هذا المحل حماية للجمهور من اللبس والتضليل «٣» .

وواضح أن القانون يحمي اسم الشخص الاعتباري كما يحمي اسم الشخص الطبيعي من كل انتحال أو منازعة فيه من قبل الغير، فيخول للشخص

(١) في هذا المعنى :

Mazeaud, op. cit., t. I, No. 566.

ولذلك فحتى حيث يدخل لقب أحد الشركاء في اسم شركة من شركات الأشخاص ، لايسمطيع من بعد فرد آخر يحمل نفس اللقب أن يدخله في اسم شركة جديدة باعتباره شريكا فيها الا باضافة بيان يميز هذا الاسم عن اسم الشركة الأولى ( انظر : مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ١٠٠٧ ) .

(٢) في هذا المعنى : مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ٩٩٣ .

وسابقا ، ص ٧٦٣ و ٧٦٤ و ٧٦٨ .

(٣) مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ١٠٠٨ . وانظر سابقا ،

ص ٧٦٨ .



الاعتبارى طلب وقف أى اعتداء على اسمه «١» مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر •

### ٣٤١ - موطن الشخص الاعتبارى

إذا كان الموطن يحدد للشخص مقرا قانونيا يعتد بكل ما يتم أو يوجه اليه فيه خاصا بعلاقاته ونشاطه القانونى، فنراعى أن للشخص الاعتبارى موطننا خاصا به ومستقلا عن موطن منشئه أو أعضائه • ويتحدد موطن الشخص الاعتبارى فى القانون المصرى بالمحل الذى يوجد فيه مركز ادارته، اذ تنص المادة ٥٣/٢ - د من التقنين المدنى على أن يكون للشخص الاعتبارى «موطن مستقل • ويعتبر موطنه المكان الذى يوجد فيه مركز ادارته •••» • وقد اعتد تقنين المرافعات بهذا الموطن عند تحديد الاختصاص القضائى، بنصه فى المادة ١/٥٨ منه على أنه « فى الدعاوى المتعلقة بالشركات أو الجمعيات القائمة أو التى فى دور التصفية أو المؤسسات، يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها مركز ادارتها ••• » •

والمقصود بمركز ادارة الشخص الاعتبارى مركز نشاطه القانونى والمالى والادارى، فهو ليس بالضرورة نفس مركز الاستغلال «٢»؛ فكثيرا مايوجد الاستغلال فى المكان المناسب له بعيدا عن مركز الادارة، كشركة مصر للغزل والنسيج يقوم استغلالها فى مصانعها بالمحلة الكبرى بينما يوجد مركز ادارتها فى القاهرة •

---

(١) والمطالبة بوقف الاعتداء على اسم الشخص الاعتبارى، كما هى الحال فى شأن اسم الشخص الطبيعى، لاتعلق على اثبات ضرر معين ( فى هذا المعنى: مصطفى كمال طه، المرجع السابق، فقرة ٩٩٤ . وقارن مع ذلك: شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص ١١٦ ) . فالاعتداء على الاسم يتضمن فى ذاته حتما معنى الضرر دون حاجة الى اثباته، لأن لصاحب الاسم - ككل صاحب حق - مصلحة ولو معنوية فى الاستئثار وحده باسمه وبسلطانه عليه ( انظر سابقا، ص ٥٩٥ و ٥٩٦ ) .

(٢) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 144.



واذا كان مركز الادارة هو موطن الشخص الاعتبارى ، فلا يعتد به موطناً له رغم ذلك الا اذا كان مركزاً حقيقياً لا وهمياً للادارة «<sup>١</sup>» . وكذلك لا يعتد بتغيير مركز الادارة الا اذا كان تغييراً حقيقياً «<sup>٢</sup>» .

واذا كانت الأشخاص الاعتبارية لاتباشر نشاطها فى مكان واحد بأن تكون لها فروع متعددة ومنتشرة فى أماكن متفرقة متباعدة ، فيصبح التقيد بموطنها العام وهو مركز الادارة طبقاً للأصل مرهقاً للمتعاملين مع مثل هذه الفروع وخاصة النائية منها . من أجل ذلك وتيسيراً للتعامل ، ابتدع القضاء الفرنسى نظرية استقر عليها منذ قديم هى نظرية « المحطات الرئيسية أو الفروع » «<sup>٣</sup>» ، من شأنها تمكين هؤلاء المتعاملين من الاعتداد بمركز هذه الفروع — دون مركز الادارة الرئيسى — باعتباره الموطن فى شأن مايتعلق بها من أعمال . وأياً كان الخلاف فى الفقه الفرنسى حول هذه النظرية وتبريرها «<sup>٤</sup>» ، فالمشرع المصرى يقرها صراحة ويعتبر المكان الذى يوجد به كل فرع من فروع الشخص الاعتبارى موطناً خاصاً بالأعمال المتعلقة به ، اذ ينص فى المادة ٢/٥٨ من تقنين المرافعات على أنه « يجوز رفع الدعوى الى المحكمة التى يقع فى دائرتها فرع الشركة أو الجمعية أو المؤسسة ، وذلك فى المسائل المتصلة بهذا الفرع » . وقد طبق التقنين المدنى نفس الحكم فى شأن الشركات التى يكون مركزها الرئيسى فى الخارج ولها نشاط فى مصر ، فلقضى بأنه بالنسبة الى القانون الداخلى يعتبر موطنها أو مركز ادارتها هو

---

(١) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., No. 144, p. 184. — (٢) مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٧٩ ، ص ٣١٠ .  
(٣) Théorie dite des gares principales ou des succursales  
(٤) انظر فى ذلك خاصة :

Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., Nos. 144, 145. — Mazeaud, op. cit., Nos. 589, 590. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 1073.



المكان الذى توجد فيه الادارة المحلية « ١ » ( م ٥٣ / ٢ - د ) •

### ٣٤٢ - ذمة الشخص الاعتبارى المستقلة

اذا كان للشخص الاعتبارى كيان مستقل عن كيان أعضائه أو منشئيه وشخصية مستقلة عن شخصياتهم ، فمقتضى ذلك أن له حقوقه والتزاماته الخاصة به التى لا تختلط بحقوقهم والتزاماتهم ، وأن له بالتالى « ذمة مالية مستقلة » ( م ٥٣ / ٢ - أ ) عن ذمة كل منهم • وينبنى على ذلك خاصة « ٢ » أن ديون الشخص الاعتبارى تكون مضمونة بحقوقه وحدها وأن هذه الحقوق لا تضمن ديون أعضائه أو منشئيه ، فلا يجوز اذن لدائى الشخص الاعتبارى التنفيذ بديونهم على الأموال الخاصة لأعضائه أو منشئيه ، ولا لدائى الأعضاء أو المنشئين التنفيذ بديونهم على أموال الشخص الاعتبارى •

ومع ذلك ، فثم أشخاص اعتبارية تكون ديونها مضمونة بأموالها وأموال أعضائها على السواء ، كالشركات المدنية وشركات التضامن والتوصية من الشركات التجارية ، التى يكون كل الشركاء فيها أو بعضهم مسئولين عن ديون الشركة فى أموالهم الخاصة • وقد استخلص كثير

---

( ١ ) واذا كان الاصل ان الاشخاص الاعتبارية الاجنبية تخضع لقانون الدولة التى تتخذ فيها مركز ادارتها الرئيسى الفعلى ( انظر سابقا ، هامش ٢٢ ص ٩٢٦ ) ، فاستثناء من ذلك تخضع للقانون المصرى اذا كانت تباشر نشاطها الرئيسى فى مصر ( م ١١ / ٢ مدنى ) •

( ٢ ) وفضلا عن ذلك ، ففى شأن الشركات ، تصبح الشركة بوصفها شخصا اعتباريا هى المالكة لكل ما يقدمه الشركاء من حصص اذ تخرج الحصص بتقديمها من ملك الشركاء • فلا يصبح للشريك اذن حق مباشر على الحصة التى قدمها وانما ينحصر حقه من مجرد المطالبة بنصيبه فى الأرباح او فى الأموال المتبقية بعد تصفية الشركة ، اى لا يصبح له اى حق عينى على هذه الحصة بل يصير صاحب حق دائنية ولذلك يعتبر حقه دائما حقا منقولا ولو كانت الحصة المقدمة منه مقارا ( مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٧٠ لـ ١ ) •



من الفقهاء «أ» من ذلك أن ذمة مثل هذه الشركات وشخصيتها لا تنفصل انفصالا تاما عن ذمة الشركاء وشخصيتهم ، وأنه ليس لهذه الشركات بالتالي الا شخصية اعتبارية ناقصة .

ولكن يبدو أنه ليس في مسئولية الشركاء في أموالهم الخاصة عن ديون مثل هذه الشركات ما ينتقص من شخصيتها الاعتبارية أو يطعن في استقلالها . فمن ناحية ، ليس دقيقا بوجه عام وصف الشخصية بأنها ناقصة ، مادامت الشخصية تعبر عن مبدأ الصلاحية لوجوب أى حق أو أى التزام ، بحيث تكون منعدمة أو موجودة ولكنها لا تتصور أبدا ناقصة «ب» . ومن ناحية أخرى ، اذا كان الشركاء مسئولين في أموالهم الخاصة عن ديون الشركة فلا يعنى ذلك اختلاط ذمتهم بذمتها أو احلال شخصياتهم محل شخصيتها ، وانما هو يعنى — ولكل من الشركة والشركاء شخصيته المستقلة — أن الشركاء يعززون مركز الشركة المدين فيقدمون أموالهم الخاصة الى جوار أموال الشركة ضمانا اضافيا لدائنيها ، بحيث يقوى ضمان هؤلاء الدائنين بتعدد المسئولين وتعدد الذمم الضامنة

---

Ripert, Traité élémentaire de droit commercial, 1948, Nos. 721, (١)

727. — Escarra (J. et E.) et Rault, Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales, t. I, 1950, No. 210.

شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فقرة ١٣١ . — عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، فقرة ١٢٠ ، ص ١٢٩ و ١٣٠ . عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ١٨٥ و ١٨٦ . محمد سامى مذكور ، المرجع السابق ، ص ١٤٦ . — مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٧١ . — عبد المنعم البدر اوى ، المرجع السابق فقرة ١٤٧ ، ص ٢١٩ . عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ١١٤ ، ص ١٦٣ و ١٦٤ .

(٢) انظر سابقا ، ص ٧٠٣ و ٧٠٨ و ٧٠٩ .

وانظر كذلك في نفس المعنى :

سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٢١٢ ، وهامش ص ٣٥٩ ،

وهامش (١) ص ٣٧٩ .



لحقوقهم «١» . فالأمر اذن لا يعدو اعتبار الشركاء ضامنين ديون الشركة ، وليس في ضمان شخص ديون شخص آخر أو ضم مسئوليته الى مسئوليته عن وفائها ، ما ينتقص من شخصية المضمون وذمته المستقلة .

## المطلب الخامس

### نشاط الشخصية الاعتبارية

٣٤٣ - استحالة نشاط الشخص الاعتباري بنفسه ، وضرورة نشاطه

بواسطة اشخاص طبيعيين

إذا كان الشخص الاعتباري يتوافر على الشخصية كالشخص الطبيعي بحيث تكون له مثله حقوق والتزامات ، فواضح بالنظر الى طبيعة تكوينه أنه — على خلافه — لا يقدر على النشاط بنفسه ، بل محتوم عليه أن يباشر عنه هذا النشاط غيره من الأشخاص الطبيعيين ، فيقومون بتمثيله والعمل باسمه ولحسابه في الحياة القانونية .

ويتولى القانون أو نظام الشخص الاعتباري تحديد ممثليه من الأشخاص الطبيعيين وبيان اختصاصاتهم وكيفية نشاطهم لحسابه . وقد يتولى النشاط عن الشخص الاعتباري فرد منفرد كرئيس الدولة أو الوزير أو المحافظ أو المدير بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، أو المدير بالنسبة للجمعيات أو الشركات أو المؤسسات أو الناظر بالنسبة للوقف . وقد يتولى هذا النشاط هيئة أو هيئات معينة تتألف واقعيًا من أفراد ، مثل المجالس التشريعية ومجالس المديريات والمجالس البلدية والجمعيات العمومية ومجالس الإدارة .

---

(١) في هذا المعنى :

محسن شفيق ، الوسيط في القانون التجاري المصري، ج ١ ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٧ ، فقرة ٢٨٠ . — سليمان مرقس ، المرجع السابق ، هامش (٣) ص ٣٥٨ و ٣٥٩ . — جميل الشرقاوي ، المرجع السابق ، هامش (١) ص ١٦٦ .



وقد تعدد مشلو الشخص الاعتبارى أو أجهزته الناشطة ، وحينئذ لا مناص من توزيع الاختصاص وتقسيمة بينها، وهو ما يستلزم غالبا التفاوت بينها والتدرج فى المرتبة «١» .

وإذا كان للشخص الاعتبارى أشخاص طبيعيون ينشطون باسمه ولحسابه ، فلا يجب أن يستخلص من ذلك أنه شخص وهمى افتراضى .  
فهناك كما قلنا فرق بين وجود الشخصية وبين نشاطها ، والشخصية قد توجد لشخص لا يستطيع أن يباشر النشاط بنفسه ، كما هو شأن بعض الأشخاص الطبيعيين مثل الصغير أو المجنون ، دون أن يطمع ذلك فى وجود شخصيته أو فى حقيقتها ، فكذلك الحال فى شأن الشخص الاعتبارى .

#### ٣٤٤ - مركز الأشخاص الطبيعيين من الشخص الاعتبارى الذى

يباشرون عنه نشاطه (٢)

إذا كان نشاط الشخص الاعتبارى لا يتأتى الا عن طريق أشخاص طبيعيين ، فينبغى تحديد مركز هؤلاء بالنسبة الى الشخص الاعتبارى وطبيعة العلاقة القائمة بينهما ، اذ على ضوء هذا التحديد يمكن تأصيل كثير من النتائج العملية المتعلقة بهذا النشاط أو المترتبة عليه .

ويصادفنا فى ذلك أولا التصوير التقليدى القائم على فكرة الوكالة (mandant) ، بحيث يكون الشخص الاعتبارى فى مقام الموكل وهؤلاء الأشخاص الطبيعيون فى مركز وكلائه . ولكن مثل هذا التصوير غير مقبول لقيامه على تجاهل الاختلاف المحتوم بين الشخص الاعتبارى وبين الشخص الطبيعى الذى يوكل غيره فى النشاط باسمه ولحسابه ، اذ تفترض الوكالة وجود ارادتين : ارادة الموكل و ارادة الوكيل ، وهما موجودتان اذا كان كل من الموكل والوكيل شخصا طبيعيا ؛ أما من شأن الشخص الاعتبارى ،

(١) Michoud, op. cit., t. I, No. 64 bis.

(٢) راجع فى ذلك خاصة :

Michoud, op. cit., t. I, Nos. 59 et s. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1067.



فلا توجد في الحقيقة الا ارادة من ينشط لحسابه من الأشخاص الطبيعيين ،  
اذ ليست للشخص الاعتباري نفسه ارادة «١» .

ولذلك يتجه تصوير آخر الى فكرة النيابة القانونية (représentation légale)  
بحيث يوجد الأشخاص الطبيعيون الذين يتولون شئون الشخص الاعتباري  
في مركز مماثل لمركز الأولياء أو الأوصياء أو القوام على عديمي الأهلية  
أو ناقصيها من الأفراد . ولكن هذا التصوير بدوره غير مقبول «٢» .  
فاذا كان الشخص الاعتباري في نشاطه بواسطة غيره يشبه عديمي أهلية  
الأداء أو ناقصيها من الأشخاص الطبيعيين ، فليس معنى ذلك أن مركزهما  
واحد ومتماثل من كافة الوجوه ، ذلك أن مايفرض على الأشخاص الطبيعيين  
من تخلف أهلية الأداء أو نقصانها ومن تولية غيرهم شئونهم والنشاط  
باسمهم انما تمليه فكرة حمايتهم ، بينما وجود أجهزة أو هيئات من  
الأفراد تعمل باسم الشخص الاعتباري ولحسابه انما يفرض بقوة الأشياء  
نتيجة مايلزم الشخص الاعتباري من استحالة طبيعية لمباشرة النشاط  
بنفسه «٣» ، ويستتبع هذا الاختلاف الطبيعي أن يكون نشاط الشخص  
الاعتباري بواسطة غيره هو القاعدة الطبيعية الدائمة طوال حياته ، بينما  
لا يعتبر نشاط عديم الأهلية أو ناقصها من الأفراد بواسطة غيره الا مجرد  
استثناء بحث وموقوت . وفضلا عن ذلك ، فان سلطات الأشخاص الطبيعيين  
في تمثيل الشخص الاعتباري وتولى شئونه تجاوز في اتساعها نطاق فكرة  
النيابة القانونية المحدود .

---

(١) Marty et Raynaud, op. cit., No. 1067, p. 1287.

وقرب من ذلك :

Michoud, op. cit., t. I, No. 59, p. 132.

(٢) انظر كذلك في انتقاد هذا التصوير :

Michoud, op. cit., No. 59, p. 133. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit.,  
t. I, No. 93 bis.

(٣) في هذا المعنى :

Capitant, op. cit., No. 194. — Colin, Capitant et De La Morandière,  
op. cit., t. I, No. 908, p. 726.



وأخيرا يبدو أن جمهورا كبيرا من الفقه الحديث «١» يتجه الى تأييد نظرية راجت في الفقه الألماني في هذا الصدد هي نظرية «الجهاز او الأداة» (théorie de l'organe) . ومقتضاها أن الشخص الاعتباري لا يتصور وجوده دون أجهزة معينة تحقق نشاطه في الحياة القانونية، بحيث تعتبر هذه الأجهزة جزءا لا يتجزأ منه فلا كيان لها بذاتها منفصلة عنه ، فهي في الواقع بمثابة جسمه القانوني (corps juridique) يستخدمها لتحقيق نشاطه وأغراضه كما يستخدم الشخص الطبيعي عضوا من أعضاء جسمه كفه أو يده «٢» ؛ ولذلك يعتبر كل عمل أو نشاط تقوم به هو عمل أو نشاط الشخص الاعتباري نفسه . وبذلك يستبين الفارق بين صفة النائب في النظريتين السابقتين وبين صفة الجهاز في هذه النظرية ، فصفة النائب سواء كان نائبا اتفاقيا أو قانونيا انما تتولد من الإرادة أو من القانون ، بينما تتأتى صفة الجهاز من ذات تكوين الشخص الاعتباري . وكذلك فأعمال النائب هي أعماله الخاصة وان كانت تنتج أثرها في حق الأصل ، بينما عمل الجهاز هو في الحقيقة عمل الشخص الاعتباري نفسه وينتج بالتالي أثره في حق الشخص الاعتباري على هذا الأساس أي بطريق الأصالة لا بطريق النيابة . وإذا كانت هذه النظرية تبدو أفضل من نظرية الوكالة ونظرية النيابة القانونية من حيث اتساع نطاقها للأعمال المادية والتصرفات القانونية على السواء ، وأكثر توفيقا منهما في تأصيل مسئولية الشخص الاعتباري نفسه مسئولية شخصية ومباشرة ؛ فيعيبها — رغم ذلك — أنها ليست الاصدى

(١) انظر خاصة :

Michoud, op. cit., t. I, Nos. 60-64. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 93 bis. — Mazeaud (H. et L.), Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, t. II, 4e éd., Nos. 1985, 1986. — Savatier, Traité de la responsabilité civile en droit français, t. I, 1939, No. 207. — Coulombel, Dalloz, op. cit., t. III, No. 35, p. 762. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1067, p. 1288.

مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٧٧ — عبد المنعم البدر اوى ، المرجع السابق ، فقرة ١٤٠ .

(٢) Michoud, op. cit., t. I, No. 60, p. 134.



لنظريات العضوية أو الحيوية «<sup>١</sup>» غير المقبولة التي تحاول التماس تطابق وتمائل تام في التكوين بين الشخص الاعتباري والشخص الطبيعي الى حد اعتبار الأجهزة بالنسبة الى الشخص الاعتباري كأعضاء الجسم بالنسبة الى الفرد الانساني «<sup>٢</sup>» .

والذي يبدو لنا أن عيب هذه النظريات جميعا ينحصر في محاولات الاستناد الى نظريات متفقة مع طبيعة الفرد الانساني لتفسير نشاط الشخص الاعتباري ومركز القسائمين به من الأفراد ، رغم الاختلاف المحتوم بين طبيعة تكوين الشخص الاعتباري والشخص الطبيعي . ولذلك ينبغي النظر في هذا الشأن الى الشخص الاعتباري نظرة مستقلة متفقة مع طبيعة تكوينه ، ومجردة عن محاولة اصطناع تطابق كامل بينه وبين الشخص الطبيعي .

واذا كان الشخص الاعتباري لا يتصور قيامه بنفسه بالنشاط الذي تتطلبه حياته القانونية على اختلاف صورته وأنواعه وكان ذلك منوطا بأشخاص طبيعيين يتولون عنه هذا النشاط ، فيجب الاعتراف بالحقيقة الواقعة من أن هؤلاء الأشخاص الطبيعيين — وليس الشخص الاعتباري

---

(١) في هذا المعنى :

Starck, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, thèse Paris, 1947, p. 262.

(٢) ولذلك فبعض من يقبل هذه النظرية من الفقهاء انما يقبلها بتحفظ ، كالفقيه الفرنسي « ميشو » . إذ يرى انه اذا كان هناك شبه بين الأجهزة البدنية للشخص الطبيعي وأجهزة الشخص الاعتباري ، فلا تماثل كامل بينها . فالشخص الطبيعي نفسه هو الذي يتوافر على الإرادة والوعي ، وليست أجهزته الا أداة سلبية ، اذ لا قيمة لها منفصلة عن هذا الشخص لأنها تكون حينئذ مجرد مادة جامدة ( matière inerte ) . أما أجهزة الشخص الاعتباري ، فهي كائنات حية تتوافر بنفسها ولحسابها على الوعي والإرادة ، ولذلك اذا لم تكن اشخاصا بوصفها أجهزة ، فهي اشخاص بوصفها افرادا ويظل لها هذا الوصف اذا انفصلت عن الشخص الاعتباري لأنها مستقلة به عنه ( انظر :

Michoud, op. cit., t. I, N° 63).



نفسه — هم الذين يقومون بكل نشاطه ؛ وليس في ذلك — كما سبق  
البيان — ما يطقن في شخصية الشخص الاعتباري ، لأن ثبوت الشخصية  
لشخص معين لا يمنع من اسناد نشاطها الى شخص آخر . ولذلك ليس  
ما يدعو اذن الى ما تدعيه خاصة نظرية « الجهاز » من تلاشي هؤلاء  
الأشخاص الطبيعيين في الشخص الاعتباري كأجزاء لا تتجزأ منه ولا كيان  
لها بذاتها منفصلة عنه كأعضاء الجسم بالنسبة الى الفرد الانساني .

ولكن اذا كان هؤلاء الأشخاص الطبيعيون هم الذين يتولون النشاط  
لا الشخص الاعتباري ، فلا يعنى ذلك أن آثار هذا النشاط تنصرف اليهم بل  
هى تنصرف اليه وحده . وواضح أن انصرافها اليه ليس نتيجة أن النشاط  
نشاطه لا نشاطهم كما تدعى نظرية الجهاز ، فقد سبق أن رفضنا منطقتها  
في هذا الصدد . وكذلك اذا كانت فكرة النيابة القانونية خاصة قد تبدو  
أقرب الأفكار لتفسير انصراف آثار هذا النشاط اليه ، فهى قاصرة رغم  
ذلك عن هذا التفسير أمام اختلاف وضع الشخص الاعتباري عن وضع  
الأفراد عديمي الأهلية أو ناقصيها ، وعدم اتساع هذه الفكرة بحسب  
الأصل الا للتصرفات القانونية دون الأعمال المادية . ولذلك ينبغي بناء  
نظرية خاصة مستقلة تقابل نظرية النيابة القانونية ، يعتد فيها بطبيعة  
الشخص الاعتباري المختلفة عن طبيعة الفرد الانساني وباتساع ميدان  
نشاطه عن نشاط الشخص الطبيعي . فطبيعة الشخص الاعتباري تجعل  
مستحيلا نشاطه بنفسه سواء كان هذا النشاط في صورة أعمال مادية أو  
في صورة تصرفات قانونية ، وبذلك يصبح محتوما وطبيعيا قيام أشخاص  
طبيعيين بتشيل الشخص الاعتباري وتولى نشاطه المادى والقانونى على  
السواء ؛ وتوليهم هذا النشاط انما يكون لحساب الشخص الاعتباري  
الذى يمثلونه لالحسابهم الخاص ، ولذلك يكون طبيعيا أن تنصرف كل  
آثار هذا النشاط وما يولده من حقوق والتزامات اليه لا اليهم .



فكرة التمثيل اذن في شأن الشخص الاعتباري تقابل فكرة النيابة القانونية في شأن الشخص الطبيعي ، وتفسر انصراف آثار نشاط الممثلين الى الشخص الاعتباري كما تفسر الأخرى انصراف آثار نشاط الأولياء أو الأوصياء أو القوام الى عديمي الأهلية أو ناقصيها من الأفراد . ولكنها مع ذلك تبقى متميزة عنها تميزا ظاهرا ؛ اذ هي مفروضة بقوة الأشياء وبحكم طبيعة الشخص الاعتباري كأصل دائم تدوم مادامت الشخصية الاعتبارية ، وليست كالنيابة القانونية علاجا لنقص موقوف أو عارض طارئ ؛ وهي تستوعب بالتالي حتما كل ما يحتاجه الشخص الاعتباري من نشاط أيا كانت صورته من الأعمال المادية أو التصرفات القانونية ، على خلاف النيابة القانونية التي تقتصر على بعض نواحي النشاط دون بعض وتتركز أصلا في التصرفات القانونية وحدها .

وبذلك يتحدد مركز الأشخاص الطبيعيين الذين يتولون النشاط عن الشخص الاعتباري بكونهم ممثليه الطبيعيين اللازمين له على الدوام ، في كل ما يحتاجه من نشاط ، بحيث ينشطون هم دونه ، لا بوصفهم أجزاء لاتتجزأ منه كما تدعى نظرية الجهاز ، وانما بوصفهم أشخاصا ذوي شخصية وكيان، وان كانوا لا يباشرون هذا النشاط باسمهم ولحسابهم الخاص، ولكن باسمه ولحسابه هو بما يستتبع انصراف آثار هذا النشاط اليه وحده . ولذلك فأعمال وتصرفات هؤلاء الأشخاص اذا كانت في الحقيقة هي أعمالهم وتصرفاتهم لا أعمال وتصرفات الشخص الاعتباري نفسه ، الا أن تتيجتها من ترتب حقوق والتزامات انما تتحقق في جانبه لا في جانبهم كما لو كان هو القائم بنفسه بمثل هذه الأعمال والتصرفات ، لأن قيامهم بها انما كان على سبيل تمثيله ولحسابه .

### ٣٤٥ - اهلية الأداء والشخص الاعتباري

اذا كان مركز الأشخاص الطبيعيين بالنسبة الى الشخص الاعتباري الذي يتولون عنه نشاطه هو مارأينا ، فيبدو أن من التجوز مسaire المشرع



المصرى فى قوله ان الشخص الاعتبارى « له نائب يعبر عن ارادته »  
( م ٥٣ / ٣ ) « ١ » . فمثل هذا القول قد يوافق نظرية الجهاز فى اعتبار  
أجهزة الشخص الاعتبارى جزءا لا يتجزأ منه فلا كيان لها بذاتها منفصلة  
عنه ، بحيث يكون عملها أو نشاطها هو عمله أو نشاطه هو ، و ارادة أفرادها  
هى ارادته هو . ولكن وجوب رفض هذا الاغراق الصارخ فى تشبيه  
الشخص الاعتبارى بالشخص الطبيعى واهداز كيان وشخصية الأشخاص  
الطبيين المتولين نشاط الشخص الاعتبارى الى حد اعتبارهم أدوات سلبية  
كأعضاء الجسم الانسانى ، وضرورة الاعتراف لهم بكيانهم المستقل وكونهم  
مجرد ممثلين لازمين للقيام عن الشخص الاعتبارى بما يحتاجه من نشاط ،  
يحتّم النظر الى هذا النشاط على حقيقته من كونه هو نشاطهم هم وان  
كانت آثاره تنصرف الى الشخص الاعتبارى الذى يمثلونه ، والقول بالتالى ان  
التصرفات القانونية المدرجة تحت هذا النشاط اذا كانت تستلزم ارادة  
لمباشرتها فهى فى الواقع ارادة هؤلاء الأشخاص وليست ارادة الشخص  
الاعتبارى الذى لا تصور له ارادة حقيقية . ولا يطعن فى ذلك أن ارادة  
هؤلاء الأشخاص محكومة بأغراض الشخص الاعتبارى ونظامه ، اذ  
لا تصبح مع ذلك هى ارادته وهو غير ذى ارادة بحكم طبيعته وتكوينه ،  
وانما هى ارادتهم المسخرة لخدمته وتحقيق أغراضه .

ولكن ليس معنى ذلك أن أهلية الأداء تكون معدومة عند الشخص  
الاعتبارى على غرار الصغير غير المميز أو المجنون من الأفراد . فقد ينبغى  
أخذ أهلية الأداء فى شأن الشخص الاعتبارى بمعنى يتفق مع طبيعته دون  
تقييد حرفى بمعناها فى شأن الشخص الطبيعى مادام الاختلاف محتوما بين

---

(١) انظر كذلك فى انتقاد هذا التعبير :

شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ١١٤ . - اسماعيل غانم ،  
المرجع السابق ، ١٩٥٨ ، ص ٢٣٣ .



طبيعتيهما «١» . اذ أنه كان مفهوما في شأن الشخص الطبيعي اناطة أهلية الأداء بتوافر الارادة عند من يباشر التصرف القانوني لحساب نفسه لتفاوت الأشخاص الطبيعيين في انعدام أو نقص أو اكتمال الارادة ، فليس ذلك مفهوما في شأن الشخص الاعتباري الذي لا يتوافر — على اختلاف أنواعه — على ارادة بحكم طبيعته نفسها . ولذلك يجب أن تحمل أهلية الأداء في شأن الشخص الاعتباري على المعنى المتفق مع طبيعته هذه ؛ فيكون القصد منها هو تحديد مجال النشاط الارادي المعترف به للشخص الاعتباري لتحقيق أغراضه ، دون تطلب الارادة عنده هو لأنه بحكم طبيعته لا تتصور له ارادة ، اكتفاء بوجود ارادة مسخرة لخدمته هي ارادة مثليه . ولذلك اذا أمكن القول بثبوت أهلية أداء للشخص الاعتباري «٢» فيجب حمل ذلك على هذا المعنى ، لا على المعنى الذي يحمله له البعض «٣» من توافر الشخص الاعتباري نفسه على الارادة .

### ٣٤٦ - مسؤولية الشخص الاعتباري

اذا كان ممثلو الشخص الاعتباري من الأشخاص الطبيعيين يقومون بالنشاط لحسابه ، فيجب التساؤل عن مدى مسؤوليته هو عن هذا النشاط

(١) قرب من ذلك :

عهد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ١٣ ، ص ١٨٠ .

(٢) يذهب بعض الفقهاء ( عهد الرواق السعوى وحشمت أبو ستيت ، فقرة ٢٤٦ ، سليمان مرقس ، فقرة ٢٥ ) الى وصف بعض الأشخاص المعنوية بأنها ناقصة أهلية الأداء اذا كان نشاطها الارادي عن طريق ممثليها خاضعا لرقابة معينة ، كخضوع السلطات الادارية اللامركزية لما يسمى « الوصاية الادارية » ، ولكن يبدو أن بين الوصاية الادارية على الشخص المعنوي بوجه عام والوصاية المدنية على عديمي الأهلية وناقصيها من الأفراد من الاختلاف الكبير ما يوجب التمييز بينهما ( في هذا المعنى : Marty et Raynaud, op. cit., No. 1068. — محمد فؤاد مهنا ، القانون الادارى المصرى والمقارن ، ج ١ ، السلطة الادارية ، ١٩٥٨ ، ص ٢٠٢ و ٢٠٣ ) ، وما يحمل على التردد في اعتبار الأشخاص المعنوية الخاضعة لمثل هذه الرقابة ناقصة أهلية الأداء .

(٣) عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ١٧٥ .



سواء من الناحية المدنية أو من الناحية الجنائية .

(١) المسؤولية المدنية «(١)» : اذا كان مبدأ مسؤولية الشخص الاعتباري مدينا عن أفعال ممثليه أو أجهزته قد أصبح اليوم أمر مسلما مستقرا ، خاصة وأن أثر هذه المسؤولية مما يصلح انصرافه الى الشخص الاعتباري لأنه يقع أساسا في ماله ، الا أن الخلاف ما يزال قائما حول تأسيس هذه المسؤولية وتأصيلها .

فيذهب بعض الفقهاء «(٢)» ممن يؤمنون بضرورة تأسيس المسؤولية بوجه عام على فكرة الخطأ الى محاولة رد مسؤولية الشخص الاعتباري عن أفعال ممثليه الى خطأ ذاتي ينسب اليه مباشرة . وهم يعتمدون في ذلك أساسا على نظرية الجهاز . اذ مادامت أجهزة الشخص الاعتباري لا كيان مستقل لها بذاتها بل هي أجزاء لا تتجزأ منه ، فلا يتأتى اذن نسبة الخطأ اليها بل يكون هذا الخطأ في الواقع هو خطأ الشخص الاعتباري وحده . وهذا هو نفس الوضع تماما في شأن الشخص الطبيعي ، اذ رغم أن الخطأ يتأتى بفعل عضو من أعضاء جسمه ، الا أنه لا يتصور نسبة الخطأ الى هذا العضو وانما ينسب الى الشخص نفسه مادام أن العضو جزء لا يتجزأ منه . ولكن اذا كانت هذه النظرية تيسر من الناحية العملية تأصيل مسؤولية

(١) راجع لي ذلك :

Saleilles, op. cit., pp. 322-339; 663 - 366 — Michoud, op. cit., t. II, Nos. 266-278. — Demogue, Traité des obligations en général, t. III, Nos. 341-364. — Planiol, Ripert et Esmein, op. cit., t. VI, No. 501. — Mazeaud, Traité de la responsabilité, t. II, No. 1982-1988. — Stark, thèse précitée, p. 250 et s. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. II, No. 314. — Waline, op. cit., pp. 173-175. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. II, No. 973. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1067, pp. 1288, 1289.

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٥٤١ و ٦٢١ . — عبد المنعم البدرأوى ، المرجع السابق ، فقرة ١٤٠ .

Michoud, op. cit., t. II, Nos. 274, 275. — Mazeaud, op. cit., t. II, (٢) Nos. 1985, 1986. — Savatier, op. cit., t. I, No. 207. — Planiol, Ribert et Savatier, op. cit., t. I, No. 93 bis.



الشخص الاعتبارى واعتبارها مسئولية ذاتية مبنية على خطأ مباشر من جانب هذا الشخص مما يدعو بعض الفقهاء «<sup>١</sup>» الى تأييدها، الا أنها تقوم على أساس مصطنع من تشبيه الشخص الاعتبارى من حيث تكوينه بالشخص الطبيعى رغم ما بينهما من اختلاف طبيعى محتوم فى ذلك «<sup>٢</sup>» ، مما يجعل فى الواقع من الخطأ المنسوب الى الشخص الاعتبارى مجرد افتراض بحت . هذا فضلا عما يتفرع عن تأسيس مسئولية الشخص الاعتبارى على هذا النحو من تفرقة مشكوك فى جدتها ووجاهتها وفائدتها بين الأجهزة التى يعتبر خطأها هو خطأ الشخص الاعتبارى نفسه وبين التابعين (Les préposés) الذين يسأل الشخص الاعتبارى عن أخطائهم مسئولية غير مباشرة على أساس مسئولية المتبوع عن أفعال تابعيه «<sup>٣</sup>» . وكذلك فإن تقرير مسئولية الشخص الاعتبارى مسئولية مباشرة عن خطأ ذاتى من جانبه على النحو ، معناه عدم تحقيق أية مسئولية فى جانب مرتكبيه الفعلين من أفراد أجهزته رغم ما لهم من ارادة وشخصية مستقلة «<sup>٤</sup>» .

ولذلك يتجه بعض آخر من الفقهاء الى استبعاد الخطأ أساسا لمسئولية الشخص الاعتبارى ، ولكنهم يختلفون بعد ذلك فى الأساس الذى تقام عليه هذه المسئولية .

(١) Marty et Raynaud, op. cit., No. 1067.

عبد المنعم البدر اوى ، المرجع السابق ، فقرة ١٤٠ .

(٢) انظر سابقا ، ص ٩٣٧ و ٩٣٨ .

(٣) انظر خاصة فى انتقاد هذه التفرقة :

Starck, thèse précitée, pp. 263-267.

(٤) فى هذا المعنى :

Waline, op. cit., p. 174.



فمنهم من يؤسسها على فكرة تحمل تبعة المخاطر «١» ، ومقتضاها أن من يفيد من نشاط معين يجب أن يتحمل بتبعاته ومخاطره ؛ اذ الغرم بالغنم ، ومادام الشخص الاعتباري هو الذي يفيد من نشاط ممثليه فيجب كذلك أن يتحمل بها . قد يجرح هذا النشاط من التزامات ومسئوليات . ولكن هذه الفكرة ليست بالأساس المقبول للمسئولية بوجه عام «٢» . وهي في شأن مسؤولية الشخص الاعتباري ليست أكثر توفيقا ، اذ مقتضاها عدم استلزام خطأ في جانب ممثلي الشخص الاعتباري ، بينما السائد هو تعليق مسؤولية الشخص الاعتباري على ثبوت مثل هذا الخطأ «٣» .

وقريب من ذلك ما يذهب اليه بعض الفقهاء من تأسيس مسؤولية الشخص الاعتباري على فكرة الضمان (La garantie) «٤» . ذلك أن الشخص الاعتباري يقع عليه — كأي شخص — التزام بانقطة وعدم الخروج في نشاطه عن مقتضى السلوك العادي ، بحيث يظل ملتزما وضامنا للوفاء به حتى ولو عهد بتنفيذه الى آخرين ممن يتولون عنه نشاطه ، اذ لا يجب أن يكون تولى شخص آخر نشاطه ومراعاة التزاماته سببا في اعفائه من آثار الاخلال بها أو في اهدار ما للمضروب نتيجة هذا الاخلال من حق في الضمان «٥» ، والا كان من اليسير على من يريد التهرب من المسؤولية عن نشاط معين أن يعهد بالقيام به الى الغير «٦» . وبذلك ينتهي هذا الرأي الى تشبيه مسؤولية الشخص الاعتباري عن أفعال ممثليه أو ردها الى

(١) Demogue, op. cit., t. III, Nos. 344, 351. — Lalou, Traité pratique de la responsabilité civile, 4e éd., 1949, Nos. 840, 844.

(٢) Mazcaud, op. cit., t. I, Nos. 82, 83, 336-364.

(٣) انظر في انتقاد تأسيس مسؤولية الشخص الاعتباري على فكرة تحمل المخاطر :

Starck, thèse, précitée, pp. 253, 254.

(٤) انظر في ذلك خاصة :

Starck, thèse précitée, pp. 258-268.

(٥) Starck, thèse précitée, p. 259.

(٦) Planiol, Ripert et Esmein, op. cit., t. VI, No. 501.



مسئولية المتبوع عن أفعال تابعيه «١». ولكن هذا الرأي لا يضع يده على حقيقة المشكلة من تحديد العلاقة بين الشخص الاعتباري وبين ممثليه ، وهي بالضرورة — نظرا الى طبيعة تكوين الشخص الاعتباري — علاقة خاصة مختلفة عن العلاقة بين شخصين طبيعيين يتولى أحدهما شئون الآخر عن طريق النيابة أو عن طريق الخضوع والتبعية ، مما يجعل لمثلي الشخص الاعتباري مركزا خاصا مستقلا يجب الاعتماد عليه أساسا في تكييف وتأصيل مسؤولية هذا الشخص عن أفعالهم .

والبصر بطبيعة الشخص الاعتباري وكونه مستحيلا عليه مباشرة أي نشاط بنفسه بل بواسطة غيره من الأشخاص الطبيعيين ، وما يولده ذلك من الحاجة في تحديد مركز هؤلاء الأشخاص قبله الى ما فضلناه من فكرة موافقة لهذه الطبيعة هي فكرة التمثيل «٢» تستوعب في اتساعها كل ما يحتاجه الشخص الاعتباري من نشاط سواء عن طريق الأعمال المادية أو التصرفات القانونية وتصرف أثر هذه الأعمال والتصرفات جميعا الى الشخص الاعتباري رغم صدورها عن ممثليه ، يجعل في الامكان الاستناد الى هذه الفكرة لتحيل الشخص الاعتباري بالمسئولية المدنية عن الأخطاء التي يرتكبها ممثلوه «٣» . ذلك أن هذه الأخطاء ، رغم عدم صدورها عن الشخص الاعتباري مباشرة لاستحالة قيامه بنفسه بأي نشاط ، ورغم صدورها فعلا عن ممثليه من الأفراد ، يجب أن تنصرف اليه وحده آثارها ولا تنصرف اليهم «٤» ، ماداموا قد ارتكبوا هذه الأخطاء بسبب أو بمناسبة النشاط

---

(١) Planiol, Ripert et Esmein, ibid. — Starck, thèse précitée, pp. 266-268.

(٢) انظر سابقا ، ص ٩٣٩ و ٩٤٠ .

(٣) قارب : Ripert et Boulanger, op. cit., t. II, No. 973

(٤) ومع ذلك، يذهب التقنين الدني السويسري في المادة ٥٥ منه الى عدم الاكتفاء بمسئولية الشخص الاعتباري عما يرتكبه ممثلوه بوصفهم هذا من أخطاء فيعززها كذلك بمسئولية الممثلين الشخصية ، رغم أن صدر هذه المادة يشعر بأخذ هذا التقنين بفكرة تمثيل الشخص الاعتباري في التصرفات القانونية والأعمال المادية على السواء، مما كان يوجب صرف المسئولية عن أخطاء الممثلين — مادامت في نطاق التمثيل — الى الشخص الاعتباري وحده دون ممثليه .



لحساب الشخص الاعتبارى وفى حدود اختصاصهم بمقتضى تمثيلهم له فى هذا النشاط «١» . اذ مقتضى فكرة التمثيل صرف آثار مايقوم به الممثلون من أعمال مادية وتصرفات قانونية متعلقة بهذا النشاط الى الشخص الاعتبارى الذى يمثلونه ، فكما تترتب له حقوق وعليه التزامات نتيجة ما يباشرون لحسابه من تصرفات وعقود ، كذلك يلتزم بالمسئولية عما يصدر منهم لحسابه من أعمال مادية غير مشروعة ، ماداموا يمثلونه فى كل ذلك ، أى مادامت هذه التصرفات وتلك الأعمال متعلقة بنشاطه وفى حدود تمثيله . وعلى أى حال ، فاذا كانت مشكلة مسئولية الشخص الاعتبارى ليست بالمشكلة التى يغنى فى حلها الاكتفاء باخضاعها لنفس قواعد مسئولية الشخص الطبيعى بالنظر الى اختلاف الطبيعة بين الشخصين كما تقدم ، فقد ينبغى على المشرع المصرى مسابقة بعض الشرائع الحديثة «٢» فى افراد نص خاص لمسئولية الشخص الاعتبارى عن أعمال ممثليه المادبة أو أخطائه . ولعله يعنى فى ذلك بيان حدود هذه المسئولية ، والتوجيه الى أساسها ، والتمييز بينها وبين مسئولية الممثلين الشخصية . بل ليته يقرر قاعدة عامة — دون اقتصار على مشكلة المسئولية — تأخذ بفكرة التمثيل ، المستمدة

(١) وأما ما تجاوز حدود هذا النشاط والتمثيل من الأخطاء فلا ينصرف أثره الى الشخص الاعتبارى بل الى ذات مرتكبيه من افراد ممثليه ، فيتحملون وحدهم حينئذ بالمسئولية عن أخطائهم الشخصية دون أن يتحملها الشخص الاعتبارى . ولعل الفصل بين ما يتحملة الشخص الاعتبارى من مسئولية عن أخطاء ممثليه وبين ما يتحملة هؤلاء الممثلون من مسئولية عن أخطائهم الشخصية على هذا النحو ، هو أصل وأساس التفرقة المعروفة فى المسئولية الادارية بين « الخطأ المرفقى » (La faute de service) الذى تتحمل به الادارة وبين « الخطأ الشخصى » (La faute personnelle) الذى يتحمل به عمالها .

انظر فى الفصل بين مسئولية الشخص الاعتبارى ومسئولية ممثليه ومقارنته بالتفرقة القائمة فى المسئولية الادارية :

Waline, op. cit., p. 175. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 1067,

p. 1289.

(٢) انظر فى ذلك نص المادة ٣١ من التقنين المدنى الالمانى الذى يقرر

مسئولية الجمعية بقوله :

« L'association est responsable du dommage que la direction, un membre



من طبيعة الشخص الاعتباري وكيفية مباشرة نشاطه ، لصرف أثر نشاط الممثلين الإرادي والمادي على السواء الى الشخص الاعتباري .

(٢) المسؤولية الجنائية «(١)» : اذا كان مبدأ مسؤولية الشخص الاعتباري مدنيا مقرا ومسلما رغم الخلاف على تأصيله ، فعلى نقيض ذلك ترفض أكثر الشرائع الحديثة قبول مبدأ مسؤولية الشخص الاعتباري جنائيا . ويؤيد جمهور الفقه ذلك على أساس أن شرط المساءلة الجنائية هو توافر الإرادة عند المسؤول ولا إرادة للشخص الاعتباري ، وأن في تقرير مسؤولية الشخص الاعتباري جنائيا عما يرتكبه ممثلوه من جرائم خرقا لمبدأ مسلم

de la direction ou tout autre représentant institué conformément aux statuts, a pu causer à un tiers par un fait accompli dans l'exécution des opérations qui lui reviennent et obligent à réparation du dommage ».

وتعمم المادة ٨٩ من هذا التقنين هذا الحكم على غير الجمعية من أشخاص القانون الخاص والعام .

( راجع في مسؤولية الشخص الاعتباري في القانون الألماني :

Saleilles, Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'Empire allemand, 3e éd., 1925, No. 320, pp. 390-396. — Demogue, op. cit., t. III, No. 362).

وانظر كذلك نص المادة ٥٥ من التقنين المدني السويسري التي سلفت الإشارة إليها ، والذي يقرر مسؤولية الشخص الاعتباري بقوله :

« Ceux-ci (les organes) obligent la personne morale par leurs actes juridiques et par tous autres faits. Les fautes commises engagent du surplus la responsabilité personnelle de leurs auteurs ».

انظر في هذه المسؤولية في القانون السويسري :

Demogue, op. cit., t. III, No. 363.

(١) راجع في ذلك :

Saleilles, op. cit., pp. 645 et s. — Michoud, op. cit., t. II, Nos. 279-287. — De Vabres, Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, 3e éd., 1947, Nos. 262-265.

السعيد مصطفى السعيد ، الاحكام العامة في قانون العقوبات ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٧ ، ص ٢٤٧-٣٥٣ . — محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٤ ، فقرة ٣٣٥ . — مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٧٦ . — عبد المنعم البدر اوى ، المرجع السابق ، فقرة ١٤١ .



هو مبدأ شخصية العقاب ، فضلا عن استحالة تصور توقيع أغلب العقوبات الجنائية — كالعقوبات الجسمانية أو البدنية — على الشخص الاعتباري .

ويبدو لنا أن هذه الاعتراضات لاتنصب على مسئولية الشخص الاعتباري جنائيا من حيث المبدأ بقدر ماتنصب على مدى مناسبة تطبيق نفس قواعد المسئولية الخاصة بالأفراد أصلا على الأشخاص الاعتبارية .

والدليل على هذا أن الفقه الرافض لمبدأ مسئولية الشخص الاعتباري جنائيا يتقبل ، رغم ذلك ، مسئوليته عن بعض جرائم مثليه ، اذا كانت عقوباتها مما يتفق مع طبيعة الشخص الاعتباري كالغرامة والمصادرة . بل ونجد في نصوص التشريع أحيانا تقريرا صريحا للمسئولية الجنائية للشخص الاعتباري في بعض الحالات «١» ؛ ولئن كانت هذه الحالات قليلة مما توصف معه المسئولية الجنائية للشخص الاعتباري فيها بأنها مجرد استثناء وخروج على الأصل «٢» ، الا أنها تكشف عن صلاحية الشخص الاعتباري من حيث المبدأ للمساءلة الجنائية .

والواقع أنه مادام مسلما بمبدأ مسئولية الشخص الاعتباري مدليا عن أفعال مثليه رغم انعدام ارادته ، فليس مايمنع منطقا من تصور مسئوليته جنائيا عما يرتكبه مثلوه من جرائم بسبب أو بمناسبة توليهم عنه نشاطه ؛ وفي نفس فكرة تمثيل الشخص الاعتباري في النشاط الارادي والمادي معا ، مايسمح باسناد مسئوليته الجنائية كمسئوليته المدنية على السواء «٣» .

وتبقى بعد ذلك مشكلة تحديد مايتحمل به الشخص الاعتباري من عقوبات نتيجة مسئوليته الجنائية، وظاهر استحالة معاقبته بكل أنواع العقوبات المعروفة لأن

---

(١) كـ بعض نصوص القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ بشأن بعض الأحكام الخاصة بشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم التي تجعل الشركة لنفسها محلا لتوقيع غرامة مستقلة عن عقوبة كل من العضو المنتدب للإدارة أو المدير فيها (السعيد مصطفى السعيد، المرجع السابق ، ص ٣٥٢ و ٣٥٣) .

(٢) السعيد مصطفى السعيد ، ص ٣٥٣ .

(٣) قارن :



من بينها عقوبات لا تتصور الا في شأن الانسان ، فينبغى اذن التماس عقوبات خاصة متفقة مع طبيعة الشخص الاعتبارى — سواء كانت مشتركة بينه وبين الشخص الطبيعى أو مقصورة عليه وحده دونه — كعقوبة الغرامة والمصادرة والحل والاغلاق .

ولذلك تؤيد رأى الداعى الى تقرير مبدأ مسئولية الشخص الاعتبارى جنائيا «١» ، وندعو المشرع المصرى الى تقرير هذه المسئولية صراحة وبوجه عام مع اختيار ما يلائم طبيعة الشخص الاعتبارى من عقوبات «٢» .

### ٣٤٧ — مبدأ التخصص وأثره في تقييد نشاط الشخص الاعتبارى

اذا كان مبدأ التخصص — كما رأينا «٣» — يقوم على أساس من حقيقة الشخصية الاعتبارية ويحد من مدى أهلية وجوب الشخص الاعتبارى فيحصر صلاحيته كصاحب للحقوق والالتزامات في نطاق الغرض المحدد الذى يستهدفه ويستمد منه قيمته الاجتماعية ، فكذلك يحد هذا المبدأ من نشاط الشخص الاعتبارى — الذى يتولاه عنه ممثلوه — فيركز نشاطه في هذا الغرض وحده ويحرم عليه كل نشاط لغيره من الأغراض ؛ وقد عبر المشرع المصرى عن هذا المبدأ صراحة في شأن الجمعيات بنصه على أنه « لا يجوز للجمعية أن تتجاوز الغرض الذى أنشئت من أجله » (م ١٦ من القانون رقم ٣٨٤

(١) انظر من انصار هذا الرأى :

Saleilles, op. cit., pp. 647 et s. — De Vabres, op. cit., Nos. 262, 263. — Coulombel, ibid.

(٢) وهو ما تأخذ به بعض تشريعات اجنبية قليلة ، انظر في ذلك :

De Vabres, op. cit., No. 265.

محمود مصطفى ، المرجع السابق ، فقرة ٣٣٥ ، ص ٤٤٧ ،

ويبدو أن المشرع المصرى قد ابتدأ اخيرا خطوه فعلا في هذا الطريق بخطوة أن لم تكن شاملة فهي في الأقل بداية جزئية طيبة . اذ ينص القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة ، في صدد بعض الجرائم التى يعينها ، على امكان الحكم بغلق مقر الجمعية أو المؤسسة وفروعها أو احدها لمدة محددة أو غير محددة ( م ٧٤ ) . ولكن يراعى أن الحكم على الجمعية أو المؤسسة بهذه العقوبات ، لايجب عقوبة ممثليها من أعضاء مجلس الادارة أو المديرين ولا يمنع من مسئوليتهم جنائيا عن نفس الجرائم ( م ٧٣ ) .

(٣) انظر سابقا ، ص ٩١٧-٩١٩ .



لسنة ١٩٥٦ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة) . وبذلك يولد هذا المبدأ  
أثرين مرتبطين متكاملين : تحديد صلاحية الشخص الاعتباري للوجوب  
له وعليه بما لا يخرج عن نطاق غرضه ، واستبعاد كل نشاط يجاوز هذا  
الغرض منعا لأن يصير الشخص الاعتباري صاحبا لحقوق والتزامات غير  
متعلقة بغرضه الأصلي ؛ أى أن مبدأ التخصص يضيق من نطاق أهلية  
وجوب الشخص الاعتباري ومن نطاق نشاطه على السواء .

ومقتضى اعمال مبدأ التخصص ، ضرورة التزام كل شخص اعتباري  
في نشاطه حدود التخصص القانوني والنظامي ، أى حدود غرضه العام  
المحدد بالقانون وفق الطائفة التى ينتمى اليها وحدود غرضه الخاص المحدد  
بنظامه داخل غرضه العام «١» . فلا يجوز لجمعية القيام بأعمال تجارية ،  
أو الدخول في مضاربات مالية «٢» ، ولا لجمعية علمية أو دينية القيام  
بنشاط سياسى ؛ ولا يجوز لشركة الاشتغال بالسياسة ، ولا لشركة تخصص  
في انتاج أفلام سينمائية توجيه نشاطها كذلك الى بناء عمارات استغلالية  
أو الى استخراج البترول أو المواد المعدنية ؛ ولا يجوز لمؤسسة أن تقوم  
بأعمال تجارية أو نشاط سياسى ، ولا لمؤسسة لرعاية الأيتام من الأطفال  
أن تتولى كذلك رعاية الفقراء أو المرضى أو العجزة .

ولكن اذا كان مبدأ التخصص يقيّد ويضيق من نطاق نشاط الشخص  
الاعتباري على هذا النحو ، فينبغى - رغم ذلك - عدم المبالغة في اطلاق  
هذا المبدأ ، بل يجب أخذه وتفسيره تفسيراً واسعاً لا يتقيد بحدوده  
مرفئته «٣» . اذ كثيراً ما تتجمع حول الغرض الأصلي الأساسى للشخص

---

(١) راجع سابقاً ، ص ٩١٩ و ٩٢٠ .

(٢) م ١٩ من القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ بشأن الجمعيات والمؤسسات  
الخاصة .

(٣) في هذا المعنى :

— Saleilles, op. cit., pp. 643, 644. — Michoud, op. cit., t. II, No. 252.  
Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 254, p. 270.

وانظر سابقاً ، هامش (٢) ص ٩١٩ .



الاعتبارى أغراض أخرى ثانوية لا تتعارض معه ، بل لعلها أن تكون من مستلزماته أو بعض آثاره أو من مكملاته «<sup>١</sup>» ، فلا حرج على الشخص الاعتبارى من النشاط كذلك فى حدودها دون أن يحمل ذلك معنى الخروج على مبدأ تخصصه بغرضه الأصلى ، كالشركة الصناعية التى تنشئ مصحاً لعلاج عمالها وموظفيها وعائلاتهم أو مدرسة لتعليم أولادهم ، وكالجمعية الخيرية التى تطرح أوراقاً للنصيب لزيادة مواردها ؛ إذ هذه الأغراض الثانوية متفرعة على الغرض الأصلى أو موجهة لخدمته .

وإذا كان نشاط الشخص الاعتبارى محكوماً ومقيداً بمبدأ التخصص ، فإن الخروج على هذا المبدأ يستتبع جزاءات معينة «<sup>٢</sup>» . قد تكون جزاءات جنائية تصيب ممثلى الشخص الاعتبارى «<sup>٣</sup>» ؛ وقد تصيب الشخص الاعتبارى نفسه «<sup>٤</sup>» وتصل من ذلك أحياناً إلى ما يشبه الحكم بإعدامه عن طريق الحكم بحله «<sup>٥</sup>» . وقد تكون جزاءات إدارية توقعها السلطة الإدارية المختصة بعزل ممثلى الشخص الاعتبارى الذين يخالفون مبدأ

(١) فى هذا المعنى :

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٣٠ .

(٢) راجع ، خاصة ، فى جزاءات مبدأ التخصص .

Michoud, op. cit., t. II, Nos. 253-259. — Coulombel, Dalloz, op. cit., t. III, Nos. 37-41, pp. 762, 763. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1059.

(٣) كنص المادة ٣/٧١ من القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة على أن « يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تزيد على مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين . . . كل من باشر نشاطاً للجمعية أو للمؤسسة يجاوز الغرض الذى أنشئت من أجله ، أو أنفق أموالها فيما لا يحقق هذا الغرض ، أو دخل بأموالها فى مضاربات مالية » .

(٤) كنص المادة ٧٤ من القانون سالف الذكر على أن « للقاضى أن يحكم بإفلاق مقر الجمعية أو المؤسسة وفروعها أو أحدها لمدة محددة أو غير محددة . . . » .

(٥) كنص المادتين ٣٦ و ٦٩ على جواز حل الجمعية أو المؤسسة بحكم من المحكمة الابتدائية التابع لها مركزها ، متى خصصت أموالها أو أرباح أموالها لأغراض غير التى أنشئت من أجلها .



التخصص «١» . وأما من الناحية المدنية ، فظاهر أن البطلان «٢» هو جزاء القرارات أو التصرفات الصادرة على خلاف غرض الشخص الاعتباري «٣»، دون اخلال بمسئولية مصدرها قبل الشخص الاعتباري «٤» . بل ويمكن القول كذلك بانكار الشخصية على الشخص الاعتباري في خصوص ما يقوم به من نشاط مجاوز لغرضه وتخصصه ، مادام لم يتخذ الشكل المميز والمتفق مع هذا النشاط الخارج عن نشاطه الأصلي «٥» .

## المطلب السادس

انقضاء الشخصية الاعتبارية «٦»

### ٣٤٨ - اسباب الانقضاء

إذا كان الشخص الاعتباري أطول حياة عادة من الشخص الطبيعي

(١) كنص المادة ٦٧ من القانون سالف الذكر على اعطاء الجهة الادارية المختصة سلطة عزل مديري المؤسسة « الذين يستعملون أموال المؤسسة فيما لا يتفق مع اغراضها أو قصد منشئها » .  
(٢) انظر مع ذلك في الخلاف حول تعميم البطلان على مخالفة التخصص القانوني والنظامي مما ، أو قصره على حالات مخالفة التخصص القانوني وحدها والاكتفاء في حالات مخالفة التخصص النظامي بمسئولية الممثلين المرتكبين لهذه المخالفة ؛

Coulombel, Dalloz, op. cit., t. III, Nos. 40, 41, p. 763. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 1059, p. 1282.

(٣) والأصل أن الإبطال يتقرر بحكم من المحكمة ( م ٣٤ من القانون رقم ٢٨٤ لسنة ١٩٥٦ ) ، ولكنه قد يتقرر استثناء بقرار من الجهة الادارية المختصة كما في شأن المؤسسة في القانون المصري ( م ٦٨ من القانون سالف الذكر ) .

(٤) انظر في المسئولية المدنية لأعضاء مجلس إدارة شركات المساهمة ؛ مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ٥٥٢ وما بعدها .  
(٥) في هذا المعنى ؛

Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 86. — Coulombel, Dalloz, op. cit., No. 40, p. 762. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 1059, p. 1281.

(٦) راجع في ذلك خاصة ؛

Midhoud, op. cit., t. II, Nos. 333-395. — Capitant, op. cit., Nos. 176-183. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, Nos. 94, 95. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 1054.



وكان ذلك بعض أسباب وجوده وقيمه وامتيازه ، الا أنه ليس معنى ذلك أنه مخلد لا يدركه الفناء، بل هناك من الأسباب الكثيرة — المتفق وطبيعته — ما يقضى عليه وينهى شخصيته .

فهو ينقضى انقضاء طبيعيا بانتهاء الأجل المحدد له ان وجد مثل هذا التحديد؛ أو باستنفاد الغرض الذى وجد من أجله بتحقيقه كاملا أو باستحالة هذا التحقيق؛ أو بموت كل الأفراد من أعضائه اذا كان جماعة من الأشخاص «<sup>١</sup>» ، أو انقراض كل المنتفعين بغرضه اذا كان مجموعة من المال «<sup>٢</sup>» ، أو بتضاؤل أعضائه فى جماعات الأشخاص الى عضو واحد «<sup>٣</sup>» ، أو الى عدد من الأعضاء أقل من الحد الأدنى الواجب توافره «<sup>٤</sup>» .

وكذلك ينقضى الشخص الاعتبارى انقضاء اختياريا «<sup>٥</sup>» ، اذا كان جماعة من الأشخاص ، اما بالاجماع من كافة أعضائه على حله ، واما

(١) ومع ذلك ، فقد يترتب على موت عضو واحد انقضاء الشخص الاعتبارى ، وذلك حيث يغلب الاعتبار الشخصى فى تكوينه كشركة التضامن . ولكن الانقضاء لموت الشريك المتضامن — ولغيره من الأسباب المشابهة كالحجر عليه أو امساره أو افلاسه — ليس انقضاء محتوما ، فيجوز الاتفاق على استمرار الشركة مع ورثة الشريك ، أو استمرارها فيما بين الباقين من الشركاء ( م ٥٢٨ مدنى ) [ انظر فى ذلك : مصطفى طه ، المرجع السابق ، ففراء ٣٥٤-٣٥٦ و ٣٥٨-٣٦٤ ] .

(٢) كما لو كان الشخص الاعتبارى مؤسسة عائلية ولم يتبق فرد من افراد العائلة ( انظر : Michoud, op. cit., No. 342, p. 391 ) .

(٣) انظر مع ذلك فيما تان مستقرا الى قريب فى القانون الفرنسى من تقليد مكسى ترجع جذوره الى بعض النصوص الرومانية والآراء الكنيسة : Michoud, op. cit., No. 337.

(٤) كانقضاء شركة المساهمة فى القانون المصرى اذا هبط عدد الشركاء الى اقل من سبعة ( مصطفى طه ، المرجع السابق ، فقرة ٦٢٨ ) .

(٥) انظر فى تحويل الشخص الاعتبارى ، الذى يكثر فى شأن الشركات وان لم يكن قاصرا عليها ، عن طريق تغيير الغرض ، أو تغيير الجنسية ، أو تغيير الشكل بتحويل شركة تضامن مثلا الى شركة توصية بسيطة أو شركة توصية بالاسهم الى شركة مساهمة ؛ وفى تفاوت اثر هذا التحويل ، على حسب الأحوال ، بين الإبقاء على الشخص الاعتبارى ، وبين انهاءه — وهو ما يعد من قبيل الانقضاء الاختيارى — وانشاء شخص اعتبارى جديد بدلا عنه :

Escarra, Manuel de droit commercial, 1947, No. 911. — Coulombel, Dalloz, op. cit., No. 17, p. 761.

مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٦٧ .



بالأغلبية المحددة في القانون أو النظام «١» والتي تملك بمقتضى أيهما سلطة الحل «٢» .

وقد يكون الانقضاء اجباريا بعمل من الدولة ، سواء من السلطة التشريعية بالغاء طائفة بعينها من طوائف الشخص الاعتباري بصفة عامة «٣»، أو بالغاء شخص اعتباري معين اكتسب الوجود والشخصية عن طريق هذه السلطة . أو من السلطة التنفيذية أو الادارية بسحب الترخيص السابق اعطاؤه منها لقيام أحد الأشخاص الاعتبارية ، أو في غير ذلك من الأحوال اذا وجد من الأسباب ما يبرر الحل . أو من السلطة القضائية بحكم يصدر من المحكمة المختصة بحل شخص اعتباري معين لمخالفة نظامه أو القانون أو النظام العام والاداب «٤»، أو لوجود مسوغ خطير يبرر ذلك «٥» . ولكن ينبغي أن يراعى أن اعطاء السلطة الادارية حق حل وانهاء الشخص الاعتباري لم يعد يقصد به اعطاؤها سلطة تقديرية تحكيمية كما كان مفهوم نظرية الافتراض ، بل سلطة مقيدة بأسباب محددة مقدما تبرر الحل ، فضلا عن أن حقها في الحل انتهى به التطور الى أن يصير حقا استثنائيا عندما أصبحت السلطة القضائية اليوم هي السلطة الأصلية التي تملك حل شخص اعتباري معين حلا اجباريا وفق أحكام القانون «٦» .

---

(١) يستلزم القانون لحل الجمعيات اختياريا صدور قرار من الجمعية العمومية بذلك بأغلبية ثلثي الأعضاء ، مالم يرد في نظام الجمعية نص يشترط أغلبية أكبر من ذلك ( م ٤/٣١ من القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ ) .

(٢) انظر في الخلاف حول حق الأغلبية في تقرير الحل عند سكوت القانون أو النظام :

Michoud, op. cit., Nos. 339, 340.

(٣) كالمرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بالغاء نظام الوقف على غير الخيرات .

(٤) م ٣٦ و ٦٩ من القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة .

(٥) م ٥٣٠ مدني في شأن حل الشركات .

(٦) في هذا المعنى :

Michoud, op. cit., Nos. 348, 351.



### ٣٤٩ - ذبول الانقضاء

إذا انقضى الشخص الاعتبارى بأحد الأسباب المتقدمة ، فمعنى ذلك انتهاء شخصيته وصلاحيته كمرکز وصاحب للحقوق والتزامات • ولكن انتهاء شخصيته يثير مشكلة مصير حقوقه والتزاماته والى من تؤول من بعده ، كما يثيرها موت الشخص الطبيعى وانتهاء شخصيته به ؛ وان كان الحل يختلف فى الحالين ، اذ ليس انتقال حقوق الشخص الاعتبارى والتزاماته نتيجة انقضائه الى غيره من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين من قبيل الميراث أو الوصية كما هو الشأن فى تركة الانسان «١» • وعلى أى حال ، فليست كل حقوق الشخص الاعتبارى والتزاماته بالتى تثار مشكلة مصيرها عند انقضائه ، اذ منها ما ينقضى ويتلاشى بانقضاء هذا الشخص ، كالحقوق غير المالية مثل الحق التأديبى للشخص الاعتبارى على أعضائه «٢» وحق السيادة الثابت للدولة أو لغيرها من أشخاص القانون العام «٣» ، بل وكبعض الحقوق المالية ذات الطابع الشخصى مثل حق الانتفاع «٤» الذى ينقضى حتماً — من قبل حلول أجله — بانقضاء الشخص الاعتبارى ولا ينتقل عنه الى غيره •

وأما باقى حقوق الشخص الاعتبارى المالية والتزاماته المالية ، فهى التى تثار مشكلة مصيرها • وفى ذلك تنبغى التفرقة بين ما اذا كان مقصودا بانقضاء الشخص الاعتبارى حلول شخص أو أشخاص اعتبارية أخرى معه ، أو كان انقضاؤه انقضاء كاملاً لا يعقبه مثل هذا الحلول •

ففى الحالة الأولى ، سواء كان انقضاء الشخص الاعتبارى بقصد تجزئته الى جملة أشخاص اعتبارية كتقسيم دولة أو جمعية الى دولتين أو جمعيتين أو أكثر ، أو كان بقصد ادماجه فى شخص اعتبارى آخر أو ضمه

(١) فى هذا المعنى :

Marry et Raynaud, op. cit., No. 1054, p. 1276.

Michoud, op. cit., No. 395. (٢)

Michoud, op. cit., No. 396. (٣)

Michoud, op. cit., No. 394. (٤)

مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٦ ، ص ٥٥٠ •



اليه كاندماج دولة أو شركة في دولة أو شركة أخرى أو ضمها اليها ، نجد أن الغالب أن الأشخاص الاعتبارية الناشئة عن التجزئة أو الشخص المندمج فيه يخلف الشخص الاعتباري المتجزى «<sup>١</sup>» أو المندمج على حقوقه والتزاماته المالية «<sup>٢</sup>» ، ويكون ذلك بمثابة حوالة لهذه الحقوق والالتزامات «<sup>٣</sup>» أي لذمة الشخص الاعتباري المنقضى .

وفي الحالة الثانية ، حيث يكون الانقضاء كاملا لا يعقبه حلول شخص أو أشخاص اعتبارية أخرى محل الشخص الاعتباري المنقضى ، ينبغي تصفية ذمة هذا الشخص بوفاء ديوله من حقوقه . وحاجات التصفية وضروراتها تقتضي الإبقاء على الشخصية الاعتبارية رغم توافر سبب انقضاءها . ولكن امتداد هذه الشخصية ، باعتباره خروجاً على الأصل ، ينبغي أن يكون محصوراً في نطاق التصفية وأجراءاتها فحسب ، فلا ينصرف ، إلى غير ذلك من الأغراض . ومبدأ استمرار الشخصية الاعتبارية قائمة طوال فترة التصفية وبالقدر اللازم لاتمامها ، هو ما يستقر عليه القضاء الفرنسي «<sup>٤</sup>» ويصرح به المشرع المصري في شأن الشركات ( م ٥٣٣ مدني «<sup>٥</sup>» ، وما ينبغي عن طريق القياس تعميمه — عند عدم وجود نص يقضي بالعكس — على غير الشركات من الأشخاص الاعتبارية الأخرى «<sup>٦</sup>» .

فاذا تمت تصفية ذمة الشخص الاعتباري المنقضى وتبقت حقوق بعد

---

(١) وتقتسم الأشخاص الاعتبارية الناشئة عن التجزئة فيما بينها حقوق والتزامات الشخص الاعتباري الأصلي المتجزى وفق الأسس والقواعد المحددة في قرار التجزئة .

(٢) Michoud, op. cit., No. 363.

نقض ١٠ مارس ١٩٥٥ ، مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض ، السنة السادسة ، العدد الثاني ، رقم ١٠١ ، ص ٧٦٣ .

(٣) مصطفى طه ، المرجع السابق ، فقرة ٦٢٤ .

(٤) Marty et Raynaud, op. cit., No. 1054, p. 1276.

(٥) انظر في تصفية الشركات وامتداد شخصيتها في فترة التصفية :

مصطفى طه ، المرجع السابق ، فقرات ٢٦٦ و ٦٣٠ .

(٦) Marty et Raynaud, ibid.



وفاء كافة الديون ، فلا يجب مسايرة نظرية الافتراض فيما كانت تذهب اليه من ايلولة هذه الحقوق الى الدولة باعتبارها أموالا سائبة لاصحاب لها «١» ، وانما تؤول هذه الحقوق أو توزع طبقا للقانون أو لنظام الشخص الاعتبارى . والمستقر في هذا الشأن التفرقة فيما يتعلق بالأشخاص الاعتبارية الخاصة بين ما يستهدف منها الربح وبين مالا يستهدفه . فما يستهدف منها الربح كالشركات ، يخضع لمبدأ توزيع المتبقى من الحقوق بعد التصفية على الأعضاء أو الشركاء «٢» ( م ٥٣٦ مدنى ) . وأما في شأن مالا يستهدف منها الربح كالجمعيات والمؤسسات ، فالأصل ألا يعود المتبقى من حقوقها الى الأعضاء أو المنشئين وورثتهم «٣» ، وانما يؤول — وفقا لنظامها أو لقرار الحل — الى شخص اعتبارى آخر يكون هو الأقرب في غرضه الى غرض الشخص المنقضى «٤» ( م ٣٩ من القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ ) .

(١) انظر في الاشارة الى مذهب نظرية الافتراض في هذا الصدد وفي رفضه :

Michoud, op. cit., Nos. 357, 361. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., No. 95.

ومع ذلك فقد تؤول حقوق الشخص الاعتبارى الى الدولة اذا فرض المشرع حله مقررًا ذلك ، ولكن هذه الايلولة تحمل حينئذ معنى المصادرة ( انظر : : 113 p. No. 95, op. cit., Planiol, Ripert et Savatier )

(٢) Michoud, op. cit., No. 366. — Planiol, Ripert et Savatier, ibid. —

Waline, op. cit., p. 176. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 1054, p. 1276.

(٣) ومع ذلك ، فقد ينص المشرع استثناء على عودة أموال الشخص الاعتبارى الى منشئه أو المنتفعين به ، كما فعل المشرع المصرى عندما اصدر المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بالغاء نظام الوقف على غير الخيرات ، اذ نص في المادة الثالثة منه على أن « يصبح ماينتهى فيه الوقف . . . ملكا للواقف ان كان حيا وكان له حق الرجوع فيه . فان لم يكن ، آلت الملكية للمستحقين الحاليين . وان كان الوقف مرتب الطبقات ، آلت الملكية للمستحقين الحاليين ولذرية من مات من ذوى الاستحقاق من طبقتهم . . . » .

(٤) في هذا المعنى :

Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., No. 95, p. 113, 114. — Waline; Marty et Raynaud, ibid.



## المبحث الثاني

### أنواع الشخص الاعتباري

#### ٣٥٠ - تقسيم الأشخاص الاعتبارية الى عامة وخاصة (١)

من المستقر اعتبار التقسيم الأساسي للأشخاص الاعتبارية هو تقسيمها الى أشخاص عامة والى أشخاص خاصة تبعا لتقسيم القانون الى عام وخاص، اذ تخضع الأولى لأحكام القانون العام والثانية لأحكام القانون الخاص، مما يعطى لتقسيم الأشخاص الاعتبارية على هذا النحو نفس الأهمية البالغة التي رأيناها لتقسيم القانون الى عام وخاص، من حيث تحديد الاختصاص القضائي، والتمتع بامتيازات السلطة العامة، بما يستتبعه ذلك من تحديد صفة الأموال التي تملكها هذه الأشخاص هل هي أموال عامة أو أموال خاصة ولكل منها في الأصل نظام مستقل، وطبيعة العلاقة بين هذه الأشخاص وعمالها هل هي علاقة نظامية تجعل هؤلاء العمال في مركز الموظفين العامين أو علاقة تعاقدية خاصة تخضع لأحكام عقد العمل.

والترفة بين أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص الاعتبارية قد أصبحت اليوم دقيقة الى حد بعيد، نتيجة تدخل الدولة المتزايد في ميادين كانت متروكة الى قريب للنشاط الخاص وحده مما خلق الى جوار المرافق والمؤسسات العامة الادارية البحتة مرافق أخرى اقتصادية ومهنية وأثار مشكلة تكييفها، ونتيجة الشبه في الهدف بين المؤسسات

---

(١) انظر في ذلك :

Michoud, op. cit., t. I, Nos. 75. 82 - 95. — Planiol, Ripert et Savatier. op. cit., t. I, Nos. 74, 74 bis. — Mazeaud op. cit., t. I, No. 603.

عيد المنعم البدر اوى، المرجع السابق فقرة ١٤٣ .



العامة والمؤسسات الخاصة ذات النفع العام ووجوب التمييز بينها رغم ذلك باعتبار الأولى من أشخاص القانون العام وبقاء الثانية من أشخاص القانون الخاص، نتيجة رقابة الدولة المتزايدة على أشخاص القانون الخاص مما يكاد يوقع في الخلط بينها وبين أشخاص القانون العام.

والمعايير التي يقول بها الفقه للترقية بين الأشخاص الاعتبارية العامة والأشخاص الاعتبارية الخاصة معايير كثيرة متعددة «١». ويبدو أن الوقوف عند واحد منها فحسب، ليس بالحاسم في أمر تبين حدود هذه التفرقة في قطع ويقين. لذلك قد يكون من الواجب النظر الى جملة القواعد القانونية التي تحكم الشخص الاعتباري في مجموعها، والاعتداد في شأنه بجملة معايير أو علامات تكشف معا عن توافر صفته العامة أو تخلفها «٢»، كتمتعه أو عدم تمتعه ازاء أعضائه وازاء الغير بامتيازات السلطة العامة، وأصله ومنشأه، وتمتع الإدارة بالسيادة عليه والكلمة النهائية في شأنه أو اكتفاؤها بمجرد الاشراف عليه ورقابته الرقابة العادية.

وعلى أى حال، فقد عنى المشرع المصرى — وهو بسبيل بيان أنواع الأشخاص الاعتبارية وكيفية اكتسابها الشخصية — الى تعديد طوائف الأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة على السواء ولكن دون عناية بوضع معيار للترقية بينها، فنص في المادة ٥٢ من التقنين المدني على أن «الأشخاص الاعتبارية هي : (١) الدولة وكذلك المديريات والمدن والقرى بالشروط

---

(١) انظر في الاشارة الى هذه المعايير ومناقشتها :

Michaud, op. cit., t. I, Nos. 86, 87.

اول فقرة مصطفى أبوزيد فهمي، الوجيز في القانون الاداري، الجزء الاول، نظرية المرافق العامة، ١٩٥٧، فقرات ٢٥٤ — ٢٥٩، ص ١٩٧ — ٢٠١. — محمد فؤاد مهناء، القانون الاداري المصرى والمقارن، الجزء الاول، السلطة الادارية، ١٩٥٨، ص ٤٥٦ — ٤٥٩.

(٢) في هذا المعنى : Michoud, op. cit., Nos., 86, pp. - 243 - 248.



التي يحددها القانون ، والادارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية. (٢) الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية. (٣) الأوقاف. (٤) الشركات التجارية والمدنية. (٥) الجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقا للأحكام التي ستأتى فيما بعد. (٦) كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص فى القانون». فنعرض فيما يلى للأشخاص الاعتبارية العامة ، ثم للأشخاص الاعتبارية الخاصة.

## المطلب الاول

### الأشخاص الاعتبارية العامة

#### ٣٥١ - طوائف الأشخاص الاعتبارية العامة

تنقسم الأشخاص الاعتبارية العامة الى نوعين رئيسيين : أشخاص اقليمية من ناحية ، ومنشآت أو مؤسسات عامة من ناحية ثانية. ويسدو الفارق الجوهرى بين النوعين من الأشخاص ، فى كون المنشآت أو المؤسسات العامة تتخصص بنوع معين من النشاط أو بمرافق أو مرافق محددة تتولاها ، بينما يكون اختصاص الأشخاص الاقليمية عاما يشمل فى الأصل جميع المرافق ولكن فى حدود اقليمية معينة «١»، بمعنى أنه اذا أمكن وصف كل من النوعين بالتخصص فمدلوله مختلف بينهما ، اذ تخصص الأشخاص الاقليمية تخصص مكانى ، بينما تخصص المنشآت أو المؤسسات العامة تخصص نوعى أو موضوعى.

(١) الأشخاص الاعتبارية الاقليمية : قلنا ان اختصاص هذه الأشخاص عام من حيث نوع النشاط ولكنه محدود من حيث المكان. وفى طليعة هذه الأشخاص شخص أساسى وضرورى هو الدولة التي ينبسط سلطانها ونشاطها على كافة اقليمها ، ويلبىها الأشخاص المحلية التي

(١) فى هذا المعنى :

محمد فؤاد مهنا ، المرجع السابق ، ص ١٨١ .



بتولى كل منها أمور المرافق العامة على اختلاف أنواعها في بقعة معينة من إقليم الدولة. وقد سبقت الإشارة الى نص المادة ١/٥٢ من التقنين المدني الذي يحدد في صدره طوائف هذا النوع من الأشخاص العامة الاقليمية بأنها الدولة والمديريات والمدن والقرى. وواضح أن ثبوت الشخصية الاعتبارية لهذه الأشخاص ، إنما يتم عن طريق الاعتراف العام وبمجرد نشوئها وفق الشروط العامة المحددة في القانون «١». وتمثل هيئات وأجهزة معينة هذه الأشخاص في نشاطها ، فتمثل الحكومة ( بالمعنى الواسع ) الدولة ، وتمثل مجالس المديريات والمجالس البلدية والقروية والمديريات والمدن والقرى على التوالي .

(٢) المنشآت أو المؤسسات العامة : أشارت الى هذا النوع الثاني من الأشخاص الاعتبارية العامة ، ولكن دون تفصيل أو تمثيل ، المادة ١/٥٢ من التقنين المدني بقولها « الادارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية » . وظاهر من هذا النص ، أن هذا النوع من الأشخاص الاعتبارية — على خلاف النوع الأول — يلزم لثبوت شخصيته اعتراف خاص . وقد قضى القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٥٧ في شأن المؤسسات العامة بأن لها « . . . شخصية اعتبارية ، ويكون انشاؤها بقرار من رئيس الجمهورية . . . » ( م ١/١ ) «٢» .

وهذه الأشخاص الاعتبارية العامة المسماة بالمنشآت أو المؤسسات

---

(١) ظاهر أن هذا القول يصدق على المديريات والمدن والقرى . أما الدولة ، فإن شخصيتها الاعتبارية تنشأ لها في المحيط الداخلي من قبل هذا الاعتراف ودون حاجة اليه بمجرد توافر عناصر واقعية معينة ، وإن كانت تحرص على تسجيل هذه الشخصية ومظاهرها في نصوص تشريعية من بعلم . أما في المحيط الدولي ، فإن ثبوت شخصية الدولة يتوقف على الاعتراف بها من قبل الدول الأخرى ( انظر في شخصية الدولة وكيفية ثبوتها :

Michoud. op. cit., t. I. Nos. 107 et s.).

(٢) وبذلك بات التمييز يسيراً في القانون المصري بين المؤسسات العامة وبين الجمعيات أو المؤسسات الخاصة ذات النفع العام . إذ أن الأخيرة —



العامة (établissements publics) «١» ، أو بالأشخاص المرفقية كما يسميها البعض «٢» تميزا لها عن الأشخاص الاقليمية ، تخصص كما قلنا — وسواء كانت قومية أو محلية «٣» — بوجه معين من أوجه النشاط أو بمرفق أو مرافق محددة ، تتمتع في توليها وإدارتها بنوع من الاستقلال الذاتي عن الدولة أو الأشخاص الاعتبارية الاقليمية الأخرى التي تتبعها . وقد كانت الأشخاص المرفقية محدودة من قبل وقاصرة على مجرد المؤسسات العامة الادارية التقليدية ، كالجامعات المصرية ودار الكتب ومجمع اللغة العربية والاذاعة اللاسلكية «٤» . ولكن أمام اتساع وظيفة الدولة وازدياد تدخلها في مختلف نواحي النشاط المتروك أصلا للجهود الخاصة ، كان لابد من اتساع مضمون فكرة المنشآت أو المؤسسات العامة وتكاثر عدد الأشخاص المرفقية وتنوعها بالتالي .

وقد اتجه تدخل الدولة المتزايد أساسا الى الميدان الاقتصادي أمام انتشار النزعات الاجتماعية اليوم وما تعنيه من ضرورة هيمنة الدولة على الاقتصاد في الجماعة ، وبذلك ظهرت صورة جديدة من المرافق أو

---

وهي من أشخاص القانون الخاص على خلاف الأولى رغم تمتعها ببعض مزايا السلطات العامة — تتبين بجلاء طبيعتها الخاصة من نشوتها وشهر نظامها وفقا لاحكام القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ في شأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة ، ثم من صدور قرار من رئيس الجمهورية باعتبارها جمعية أو مؤسسة ذات نفع عام حينما يكون المقصود بها تحقيق مصلحة عامة ( م ٤١ و ٦٩ من القانون سالف الذكر ) [ انظر في ذلك : محمد فؤاد مهنا ، المرجع السابق ، ص ٤٦١ ] .

(١) لعل التعبير عن ذلك في اللغة العربية باصطلاح « المنشآت العامة » — وهو المستعمل في المادة ١/٥٢ مدني — أن يكون أفضل من التعبير عنه باصطلاح « المؤسسات العامة » ، لما قد يشير هذا الاصطلاح الأخير من خلط بين هذه المؤسسات وبين المؤسسات الخاصة (fondations) رغم ما بينهما من فارق بعيد . ولكن المشرع المصري قد جرى — رغم ذلك — على استعماله وخاصة في القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٥٦ والمسمى « قانون المؤسسات العامة » .

(٢) محمد فؤاد مهنا ، المرجع السابق ، ص ٢٦٢ و ٢٧١ .

(٣) محمد فؤاد مهنا ، المرجع السابق ، ص ٢٦٢ .

(٤) مصطفى أبو زيد ، المرجع السابق ، فقرة ٢٩٥ ، ص ٢٣٣ .



المؤسسات العامة الاقتصادية «١» لا تتولاها الدولة بنفسها مباشرة ، وإنما تعطيها الشخصية الاعتبارية وتمنحها بذلك حظا من الاستقلال الفنى والادارى والمالى ، تتخفف به من الأساليب الادارية أو الحكومية المعقدة لتتبع أساليب ادارة المشروعات الحرة المماثلة ، مما يزيد فى فرصة نجاحها وتحقيق المقصود من أغراضها . ومن أمثلة هذه المؤسسات العامة الاقتصادية فى مصر ، البنك العقارى الزراعى المصرى «٢» ، وبورصة مينا البصل «٣» ، وادارة النقل العام بمنطقة الاسكندرية «٤» ، والهيئة العامة لشئون سكك حديد جمهورية مصر «٥» ، والهيئة العامة لشئون البترول «٦» ، وهيئة ادارة قناة السويس «٧» .

(١) انظر فى المؤسسات العامة الاقتصادية:

مصطفى أبو زيد ، المرجع السابق ، فقرات ٢٩٥-٢٩٦ ، ٣٠٠-٣٠٤ ، ٣١٢-٣١٣ . - محمد فؤاد مهنا ، المرجع السابق ، ص ٢٧٨-٢٨٠ .

(٢) محكمة القضاء الادارى فى ٨ مارس سنة ١٩٥٣ ، مجموعة المكتب الفنى لأحكام القضاء الادارى ، س ٧ ، رقم ٣٦٤ ، ص ٦١١ ، حيث يقرر الحكم أن « البنك العقارى الزراعى قد استوفى كافة عناصر المؤسسات العامة من مرفق عام أو مصلحة عامة تتمثل فى تقديم قروض عقارية من مال الدولة لصغار الملاك الزراعيين بشروط سهلة انقاذا لهم من برائن المربين ، وإن شخصيته المعنوية مستقلة عن شخصية الدولة ، وقد خول سلطات ومزايا وحقوق من نوع ما تتمتع به الهيئات الادارية ، وللدولة عليه اشراف قوى... ومن ثم يكون البنك المذكور مؤسسة عامة ، وبالتالي تكون القرارات الصادرة من الهيئات المشرفة على ادارته قرارات ادارية ... » .

(٣) محكمة القضاء الادارى فى ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٢ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٦ ، رقم ١٨٦ ، ص ٥٣٤ ، حيث يقرر الحكم أن « ... بورصة مينا البصل ... تقوم على ادارة مرفق اقتصادى هام من أهم مرافق الدولة ، وقد خولت هيئاتها ولجانها المختلفة سلطة وحقوقا مستمدة من القانون العام من نوع ما تختص به الهيئات الادارية العامة ... ومن حيث أنه يختص مما تقدم أن عناصر المؤسسات العامة ومقوماتها قد توافرت فى بورصة مينا البصل ، فتكون القرارات الصادرة من اللجان والهيئات القائمة على ادارة شئونها ، ومنها لجنة القطن ولجنة البورصة ، هى قرارات ادارية قابلة للطعن بدعوى الالغاء أمام هذه المحكمة ... » .

(٤) مصطفى أبو زيد ، المرجع السابق ، فقرة ٢٩٥ ، ص ٢٣٣ .

(٥) مصطفى أبو زيد ، فقرات ٣٠٠-٣٠٣ .

(٦) مصطفى أبو زيد ، فقرة ٣٠٤ .

(٧) مصطفى أبو زيد ، فقرات ٣١٢ و ٣١٣ .



وكذلك يشير تدخل الدولة المتزايد في بعض مرافق التوجيه المهني وهيمنتها عليها مشكلة تحديد صفتها . وتقوم هذه المرافق أو النقابات المهنية «<sup>١</sup>» على ضم المشتغلين بمهنة معينة ضما إجباريا في جماعة ذات شخصية اعتبارية ، تشرف على نظام وأصول المهنة ، وتختص بقبول المشتغلين بها ، وتفرض عليهم رسوما معينة وتملك عليهم سلطة تأديبية واسعة ، وتتمتع في سبيل ذلك كله ببعض مزايا السلطة العامة . ومن أمثلتها الغرف التجارية والصناعية ونقابات المحامين والأطباء والمهندسين والمعلمين . ويكاد يستقر الفقه الإداري الحديث على اعتبارها من أشخاص القانون العام «<sup>٢</sup>» ، بل واعتبارها كذلك صورة جديدة من صور المؤسسات العامة هي «<sup>٣</sup> المؤسسات العامة المهنية » «<sup>٤</sup>» ؛ ولكن هناك اتجاه آخر يكتفى باعتبارها شخصا مختلطا يخضع للقانون العام في نواحي نشاطه المهني ، وللقانون الخاص في نواحي نشاطه الداخلي البحت «<sup>٥</sup>» . وأيا كان الرأي في تكييفها ، فمن المتفق عليه اعتبار قراراتها المتعلقة بالنشاط المهني قرارات إدارية تخضع لرقابة القضاء الإداري «<sup>٥</sup>» . وعلى أي حال ، فقد قطع المشرع المصري صراحة باعتبار بعض هذه المرافق المهنية مؤسسات عامة ، كما فعل

- (١) انظر في المرافق أو النقابات المهنية :  
مصطفى أبو زيد ، المرجع السابق ، فقرات ١٠٩ - ١٣٢ و ٣٥٣ - ٣٦٣ .  
- محمد فؤاد مهنا ، المرجع السابق ، ص ٢٨٠ - ٢٨٢ و ٤٥٠ - ٤٥٥ .
- (٢) مصطفى أبو زيد ، فقرات ٢٩٧ - ٢٩٩ .
- (٣) محمد فؤاد مهنا ، ص ٤٥١ - ٤٥٥ ، والمراجع الفرنسية العديدة التي يشير إليها في هامش ص ٤٥١ .
- (٤) انظر في الإشارة إلى هذا الرأي في القانون الفرنسي وفي انتقاده :  
محمد فؤاد مهنا ، ص ٤٥١ - ٤٥٣ .  
وانظر في الأخذ به في القانون المصري :  
سليمان الطماوي ، مبادئ القانون الإداري المصري والمقارن ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٧ ، ص ٦٤ .
- (٥) انظر في ذلك حكما لمحكمة القضاء الإداري في ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٠ ( مجموعة المكتب الفني ، س ٥ ، رقم ٧٢ ، ص ٣٠٤ ) تقرر فيه « أن قانون نقابة المحامين قد أضفى على النقابة وهيئاتها ، ومنها لجنة القيد ، نوعا



## في شأن الغرف التجارية «١» والغرف الصناعية «٢».

وكذلك فإن النص ، في صدد تحديد الأشخاص الاعتبارية ، على « الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية » ( م ٥٢/٢ مدني ) ، يثير التساؤل عن صفتها . وقد أتيح للقضاء الإداري المصري أن يجيب عن هذا التساؤل في شأن ما عرض عليه من الطعن في قرارات بعض هذه الهيئات والطوائف الدينية، ففرض باعتبارها من أشخاص القانون العام الاعتبارية «٣» وباعتبار قراراتها بالتالي قرارات إدارية تقبل الطعن فيها بالالغاء أمامه ، وذلك بالنظر الى ما تتمتع به هذه الهيئات من بعض مزايا واختصاصات السلطة العامة والى قيامها بخدمات ذات نفع عام والى خضوعها خضوعاً جوهرياً لهيمنة الدولة واشرافها «٤» . ويراعى، على

من السلطة العامة وخولها حقوقاً من نوع ما تختص به الهيئات الإدارية العامة، مما يترتب عليه اعتبار قراراتها إدارية قابلة للطعن فيها أمام هذه المحكمة . وأنظر كذلك حكماً لنفس المحكمة في نفس التاريخ ( مجموعة المكتب الفني ، س ٥ ، رقم ٧٥ ، ص ٣٢١ ) تقرر فيه « ن الرأي الراجح فقها وقضاء في شأن التكييف القانوني لنقابات المهن ، ومنها نقابة المهن الهندسية ، أنها وإن لم تدخل في نطاق المؤسسات العامة وهي المصالح العامة ذات الشخصية المعنوية المستقلة عن الدولة ، إلا أنها تعتبر من أشخاص القانون العام . . . ويترتب على ذلك أن قراراتها تعتبر قرارات إدارية مما يجوز الطعن فيها بدعاوى الالغاء أمام القضاء الإداري » .

- (١) المادة الأولى من القانون رقم ١٨٩ لسنة ١٩٥١ .
- (٢) المادة الأولى من القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٤٧ ، المعدل بالقانون رقم ٥٣٠ لسنة ١٩٥٣ .
- (٣) انظر في هذا المعنى كذلك : سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٢٢٤ . - محمد سامي مذكور، المرجع السابق ، ص ١٤٤ .

(٤) انظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في ٦ أبريل سنة ١٩٥٤ ( مجموعة المكتب الفني ، س ٨ ، رقم ٦٠١ ، ص ١١٧١ ) الذي يقرر « أن وظيفة البطركخانة هي رعاية مرافق الأقباط الأرثوذكس عامة ، وهي في سبيل ذلك تتمتع بنصيب من السلطة للنهوض بهذه المرافق والخدمات وحسن



أى حال ، أن مثل هذه الهيئات والطوائف الدينية انما تثبت لها الشخصية الاعتبارية عن طريق الاعتراف الخاص بكل منها «١» لا عن طريق الاعتراف العام.

توجيهها. وهذه المهمة أصلا هي من اختصاصات الحكومة وكان يقع على عاتقها القيام بها لو لم تتوكل الى البطريركخانة ، ذلك أن الخدمات التي تؤديها هذه البطريركخانة للاقباط الأرثوذكس هي من نوع الخدمات التي تؤديها السلطة العامة. أما مجموع القواعد التي تنظمها ، فإن هذه القواعد مستمدة من القانون الذي تكفل بتنظيمها وبيان الهيئات التي تتفرع منها ، وبيان كيفية تكوين كل هيئة ومجال نشاطها ومدى اختصاصها... ( فضلا عن أن ) الحكومة تعين الرئيس الأعلى لهذه الهيئة بأمر عال، وأنها حددت بمرسوم الطائفة التي يختار منها والكيفية التي يختار بها... وعلى هدى ما تقدم ، تكون بطريركخانة الأقباط الأرثوذكس شخصا من أشخاص القانون العام ، وتكون الهيئات المتفرعة منها والتي بين القانون اختصاصها هيئات إدارية... فالمجلس الكليريكي حينما يحاكم الكليروس... يستمد اختصاصه مباشرة من القانون ويجلس لهذه المحاكمة كهيئة تأديبية، ومن ثم تكون القرارات التي تصدر منه في هذا الشأن قرارات لها الصفة الإدارية ».

وانظر كذلك حكم محكمة القضاء الإداري في ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٤ (مجموعة المكتب الفني، س ٩ ، رقم ٣٤ ص ٣١) الذي يقرر أن «الاختصاصات والمهام الموكولة الى المجلس الصوفي الأعلى بمقتضى القوانين... هي اختصاصات إدارية ذات نفع عام من نوع الاختصاصات والمهام الموكولة الى السلطات العامة. ومن ثم ، فهي هيئة إدارية خاضعة لإشراف الحكومة المركزية ، فهي التي تعين الرئيس الأعلى لهذا المجلس... ويكون الانتخاب تحت إشرافها ، وهي التي تتولى تنفيذ الأحكام النهائية الصادرة منه أو من مشايخ الطرق ، الأمر الذي تستبين منه المحكمة أن الحكومة جعلت لها الإشراف على كل كبيرة وصغيرة من سائر أمور الطرق الصوفية. وعلى ذلك يكون المجلس الأعلى شخصا من أشخاص القانون العام، وتكون الهيئات المتفرعة عنه والتي بين القانون اختصاصها هيئات إدارية. وينبنى على ما تقدم أن القرارات الصادرة من المجلس الصوفي الأعلى في شأن تعيين مشايخ الطرق... هي قرارات إدارية يجوز طلب الغائها أمام هذه المحكمة».

(١) في هذا المعنى :

عبد المنعم البدرأوى، المرجع السابق، فقرة ١٣٥ ، ص ٢٠٤ . - عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ١٠٥ ، ص ١٥٨ .



## المطلب الثاني

### الأشخاص الاعتبارية الخاصة

#### ٣٥٢ - تقسيم

يمكن أن نقسم الأشخاص الخاصة التي تخضع للقانون الخاص ، من حيث تكوينها ، الى نوعين رئيسيين : جماعات الأشخاص التي تتألف من جملة أشخاص يجتمعون على تحقيق غرض معين ، ومجموعات الأموال التي تتكون من أموال مرصودة على تحقيق غرض معين . فنعرض لكل منهما على التوالي .

#### § ١ - جماعات الأشخاص

#### ٣٥٣ - تمهيد وتقسيم

فيما عدا جماعات الأشخاص التي ثبت لكل منها الشخصية الاعتبارية بمقتضى اعتراف خاص أو نص في القانون ( م ٦/٥٢ مدنى ) ، ثبت الشخصية الاعتبارية - عن طريق الاعتراف العام - لطائفتين من جماعات الأشخاص هي الشركات والجمعيات ( م ٤/٥٢ و ٥ مدنى ) . وإذا كانت الشركات والجمعيات تتشابه في قيامها على تجمع أشخاص بقصد تحقيق غرض معين ، الا أن هذا الغرض مختلف بينهما ، فالشركات انما تقوم بقصد تحقيق ربح مادي ، أما الجمعيات فتقوم بقصد تحقيق أغراض أخرى غير تحقيق الربح . فنعرض بإيجاز فيما يلى للشركات ثم للجمعيات .

---

ولكن ليس بلازم أن يكون الاعتراف الخاص بقانون ، وانما يكفى فيه أن يكون « وفقا للقواعد المتبعة في هذا الصدد » ( المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٣٧٤ ) ، أى يكفى أن يكون اعترافا جرى به العرف ( انظر سليمان مرقس ، المرجع السابق ، هامش « ٤ » ، ص ٣٤٧ و ٣٤٨ ) .



(١) الشركات

Les Sociétés

٣٥٤ - مقومات الشركة وأنواعها

الشركة جماعة من الأشخاص تتجمع بقصد تحقيق ربح مادي يقتسمونه فيما بينهم . وغرض تحقيق الربح الذي توجد من أجله الشركة ، هو الذي يميزها عن الجمعية ؛ وقد عرفت المادة ٥٠٥ من التقنين المدني الشركة بما يبرز هذا الغرض بقولها « الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر ، يساهم كل منهم في مشروع مالي ، بتقديم حصة من مال أو من عمل ، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة » .

والشركة على هذا النحو تفرض وجود شخصين على الأقل من الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية « ١ » ، ووجود ارتباط بين الشركاء والتزام بالتعاون على تحقيق مشروع استغلالي بقصد تحصيل ربح أو كسب مالي يزيد في ثروتهم « ٢ » ، عن طريق تقديم أنصبة أو حصص سواء كانت مالية نقدية أو عينية أو كانت حصصا بالعمل ووضعها في خدمة هذا المشروع ولتحقيق هذا الغرض ، حتى تعود عليهم من بعد ثمرته فيقتسمون فيما بينهم أرباحه أو يتحملون بمخاطره وخسائره .

والشركات اما شركات تجارية تحترف القيام بصفة رئيسية بالأعمال التجارية ، كعمليات البنوك أو النقل أو التأمين أو الصناعة ، واما شركات مدنية تقوم بصفة رئيسية بالأعمال المدنية كالاستغلال الزراعي « ٣ » .

---

(١) ومع ذلك ، ففي شأن بعض الشركات لا يكفي وجود شخصين بل يجب وجود عدد أكبر من الشركاء كحد أدنى ، مثل شركات المساهمة التي يلزم أن يكون عدد الشركاء المؤسسين فيها سبعة على الأقل ( انظر : مصطفى طه ، المرجع السابق ، فقرة ٤١٩ ) .

(٢) مصطفى طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٤٢ .

(٣) مصطفى طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٨٤ .



والأشكال التي تتخذها الشركات التجارية متعددة «١» ، وتختلف باختلاف الاعتبار الأساسي في قيام الشركة هل هو الاعتبار الشخصي أو الاعتبار المالي ، أى باختلاف ما اذا كانت الشركة من شركات الأشخاص أو من شركات الأموال .

فشركات الأشخاص التي تقوم على الاعتبار الشخصي والثقة الشخصية بين الشركاء ، يمكن أن تتخذ شكل شركة التضامن أو شركة التوصية البسيطة «٢» . وفي شركة التضامن (société en nom collectif) ، يكون كل شريك مسئولاً عن كل ديون الشركة مسئولية مطلقة في أمواله الخاصة لا في حدود حصته في الشركة فحسب ، كما يكتسب كل شريك صفة التاجر .

أما في شركة التوصية البسيطة (société en commandite simple) فالشركاء فيها فريقان : شركاء متضامنون يوجدون في نفس مركز الشركاء في شركة التضامن من حيث المسئولية المطلقة التضامنية واكتساب صفة التاجر ، وشركاء موصون لا يكتسبون وصف التاجر وتتحدد مسئولية كل منهم بقدر حصته في الشركة ، والاعتبار الشخصي قائم في شأن الشركاء المتضامين والموصين فيها على السواء بحيث يتمتع على أحدهم التصرف في حصته دون رضا الآخرين .

أما شركات الأموال ، فعمادها الأساسي الاعتبار المالي لا الشخصي ، وتظهر عادة في شكل شركة المساهمة (société anonyme) التي يتجزأ فيها رأس المال الى أسهم متساوية القيمة تكون قابلة للتداول والانتقال بالوفاة ، وتتحدد مسئولية كل شريك عن ديون الشركة — ما دام ليس لشخصه اعتبار — بقدر ما يملك من أسهم فحسب . وقد توجد شركات تجمع بين الاعتبار الشخصي والاعتبار المالي تمثل خاصة في شكل

---

(١) انظر في ذلك :

مصطفى طه ، المرجع السابق ، فقرات ٢٨٧ — ٢٩١ .

(٢) راجع في رفض ما ينسبه البعض من شخصية اعتبارية ناقصة لهذه الشركات ، سابقاً ، ص ٩٣٢ — ٩٣٤ .



شركة التوصية بالأسهم (société en commandite par actions) التي يوجد فيها — كشركة التوصية البسيطة — فريقان من الشركاء : شركاء متضامنون في نفس مركز الشركاء في شركة التضامن من حيث المسؤولية المطلقة التضامنية واكتساب صفة التاجر ؛ وشركاء موصون مسئولون في حدود حصصهم فحسب ، ولكن دون اعتبار لشخصيتهم على خلاف الحال في شركة التوصية البسيطة ، بحيث تمثل حصصهم بأسهم قابلة للتداول والانتقال بالوفاة كما هي الحال في شركة المساهمة.

وأما الشركات المدنية ، فلها أن تتخذ الشكل الذي تشاء ولو كان أحد الأشكال التجارية. ولكن اتخاذها شكلا من أشكال الشركات التجارية ، لا يكسبها في الأصل الصفة التجارية ولا يخضعها للآثار الخاصة باحتراف التجارة ؛ فتظل مع ذلك — من هذا الوجه — شركة مدنية ، لأن الأساس في تحديد وصفها هو ما تقوم به من أعمال لا ما تتخذه من شكل ، وعلى ذلك لا تلزم بامساك الدفاتر التجارية ، ولا بالقيد في السجل التجاري «<sup>١</sup>» ، ولا يجوز شهر افلاسها ، ولا يكتسب الشريك المتضامن فيها صفة التاجر اذا اتخذت شكل شركة التضامن أو التوصية ، وتخضع لقواعد الاثبات المدنية لا التجارية. أما الآثار الأخرى غير المتعلقة باحتراف التجارة، فتخضع لها الشركة المدنية وفق الشكل التجاري الذي تتخذه «<sup>٢</sup>».

### ٣٥٥ - تكوين الشركة وبدء شخصيتها

القاعدة أن الشركة تكتسب بمجرد تكوينها الشخصية الاعتبارية ( م ١/٥٠٦ مدني ) . وهذا التكوين ، سواء في الشركات المدنية أو التجارية «<sup>٣</sup>» ، يجب أن يتم بعقد مكتوب أيا كان قدر رأس المال، والا كانت

---

(١) ولكن استثناء من ذلك ، تخضع لأحكام قانون السجل التجاري كل شركة مدنية تتخذ شكل شركة المساهمة أو شركة التوصية بالأسهم أو الشركة ذات المسؤولية المحدودة ( مصطفى طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٨٦ ، ص ٣٢٠ ) .

(٢) مصطفى طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٨٦ ، ص ٣٢٠ - ٣٢٢ .

(٣) مصطفى طه ، فقرة ٢٥٤ .



الشركة باطلة ( م ١/٥٠٧ مدنى ) « ١ » ، بحيث تكون الكتابة اذن شرطا لانعقاد العقد لا لمجرد اثباته . وقد يستلزم القانون — فضلا عن الكتابة — اجراء شكليا آخر ، كصدور قرار جمهورى يرخص بتأسيس شركة المساهمة . وعلى ذلك تبتدىء شخصية الشركة بتحرير عقدها أو بصدور الترخيص الحكومى بها بعد هذا التحرير حسب الأحوال .

واذا كانت شخصية الشركة تبدأ بتكوينها على النحو المتقدم ، فمع ذلك لا يحتج بها على الغير الا بعد استيفاء اجراءات النشر التى يقررها القانون ( م ١/٥٠٦ مدنى ) « ٢ » . غير أن النشر مقصود به مصلحة الغير لا مصلحة الشركاء ، ولذلك لا يستطيع الشركاء الاحتجاج بشخصية الشركة على الغير قبل القيام باجراءات النشر المقررة ، بينما يظل للغير حق التمسك بهذه الشخصية رغم عدم شهر الشركة ( م ٢/٥٠٦ مدنى ) .

### ٣٥٦ — انقضاء الشركة

تنتهى الشركة بوجه عام — أيا كان نوعها أو شكلها — بانقضاء الميعاد المعين لها ، أو بانتهاء العمل الذى قامت من أجله ( م ١/٥٢٦ مدنى ) ؛ أو بهلاك جميع مالها أو جزء كبير منه بحيث لا تبقى فائدة فى استمرارها ( م ١/٥٢٧ مدنى ) ، أو باجماع الشركاء على حلها ( م ٢/٥٢٩ مدنى ) أو باتفاق أغليبتهم على هذا الحل فى الحدود المقررة فى عقد الشركة أو نظامها ؛ أو بحكم قضائى بناء على سبب خطير يسوغ الحل ( م ٥٣٠ مدنى ) .  
وفضلا عن ذلك ، توجد أسباب انقضاء خاصة بشركات الأشخاص . فهذه الشركات ، بقيامها على الاعتبار الشخصى ، تتعرض للانقضاء بكل

---

(١) ولكن هذا البطلان مقرر لمصلحة الغير ، ولذلك لا يجوز الاحتجاج به قبله ( م ٢/٥٠٧ مدنى ) ، وان جاز له التمسك قبلهم بقيام الشركة أو بطلاتها حسب مصلحته .

(٢) ومع ذلك ، فلم يقرر التقنين المدنى اجراءات نشر معينة لشهر الشركات المدنية ، ولذلك ينبغى القول بأن شخصية هذه الشركات — على خلاف الشركات التجارية — تبدأ ويحتج بها على الغير منذ تكوينها ( فى هذا المعنى : عبد المنعم البدرأوى ، المرجع السابق ، فقرة ١٤٨ ، ص ٢٢٠ ) .



طارىء يحمل معنى الاخلال بهذا الاعتبار، كموت أحد الشركاء ، أو الحجر عليه ، أو اعساره ، أو افلاسه ( م ١/٥٢٨ مدنى ) ، أو انسحابه اذا كانت الشركة غير معينة المدة ( م ١/٥٢٩ مدنى ) . ولكن هذه الأسباب غير متعلقة بالنظام العام ، ولذلك يجوز الاتفاق على استمرار الشركة رغم توافر سبب انقضاء من هذه الأسباب ، فيجوز الاتفاق على أنه اذا مات أحد الشركاء تستمر الشركة مع ورثته ولو كانوا قصرا ( م ٢/٥٢٨ مدنى ) ، ويجوز أيضا الاتفاق على أنه ، اذا مات أحد الشركاء أو حجر عليه أو أعسر أو أفلس أو انسحب، تستمر الشركة فيما بين الباقين من الشركاء « ١ » ( م ٣/٥٢٨ مدنى ) .

وبانقضاء الشركة تتعين تصفية أموالها وقسنتها . وتتم هذه التصفية والقسمة بالطريقة المبينة فى العقد ، وعند خلوه من حكم خاص تتبع أحكام القانون ( م ٥٣٢ مدنى ) . ولحاجات التصفية ، تبقى استثناء شخصية الشركة — رغم توافر سبب انقضائها — بالقدر اللازم لهذه التصفية وإلى نهايتها ( م ٥٣٣ مدنى ) « ٢ » . وبعد تمام التصفية باستيفاء الدائنين لحقوقهم ، تقسم أموال الشركة بين الشركاء جميعا ، فيختص كل واحد منهم بمبلغ يعادل قيمة الحصة التى قدمها فى رأس المال ، واذا بقى شئ بعد ذلك ، يقسم بين الشركاء بنسبة نصيب كل منهم فى الأرباح . أما اذا لم يكف صافى مال الشركة للوفاء بحصص الشركاء ، فان الخسارة توزع عليهم جميعا بحسب النسبة المتفق عليها فى توزيع الخسائر ( م ٥٣٦ مدنى ) .

---

(١) « وفى هذه الحالة ، لا يكون لهذا الشريك أو ورثته الا نصيبه فى اموال الشركة . ويقدر هذا النصيب بحسب قيمته يوم وقوع الحادث الذى أدى الى خروجه من الشركة ، ويدفع له نقدا . ولا يكون له نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق ، الا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة من عمليات سابقة على ذلك الحادث » ( م ٣/٥٢٨ ) .

(٢) انظر سابقا ، ص ٩٥٧ .



## (٢) الجمعيات

### Les Associations

٣٥٧ - تمهيد

عنى التقنين المدنى الجديد بوضع أحكام عامة للجمعيات فى المواد من ٥٤ الى ٦٨ منه . وقد صدرت قبله وبعده تشريعات خاصة ببعض أحكام جزئية متعلقة بالجمعيات أو بأنواع معينة منها . وقد رأى المشرع من بعد جمع شتات كل هذه الأحكام فى صعيد واحد مع إعادة النظر فيها ، مما اقتضاه اخراجها من صلب التقنين المدنى واصدار تشريع جديد خاص بهاء . ولكنه لم يقتصر فى هذا التشريع على أحكام الجمعيات وحدها بل ضم اليها كذلك أحكام المؤسسات ، وبذلك غدا اليوم القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ هو القانون الجامع لمسائل الجمعيات والمؤسسات الخاصة «١» ، فنسخت به النصوص السابقة عليه المنظمة لهذه المسائل «٢» الا ما استثنى «٣» .

(١) نظم هذا القانون مدى تطبيق أحكامه فى الزمان ، فقرر تطبيقه بأثر مباشر بمرىان أحكامه على الجمعيات والمؤسسات الخاصة القائمة وقت العمل به ، موجبا عليها تعديل نظامها وطلب شهره بالتطبيق لأحكامه خلال سنة من تاريخ العمل به والا جاز حلها بقرار من الوزير المختص . وكذلك قضى بانحلال مجالس الادارة والهيئات التنفيذية للجمعيات والمؤسسات الخاصة ذات النفع العام القائمة وقت العمل به ، ووجوب إعادة تشكيلها وفقا لأحكامه فى ميعاد لا يجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ شهرها ، ولكن مع استمرار هذه المجالس وتلك الهيئات فى مباشرة أعمالها بصفة مؤقتة الى أن يتم تشكيلها من جديد ( م ٢ و ٤ و ٥ من قانون اصدار القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ ) .

(٢) وهى نصوص المواد من ٥٤ الى ٨٠ من التقنين المدنى ، والقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٤٥ الخاص بتنظيم الجمعيات الخيرية والمؤسسات الاجتماعية والتبرع للوجوه الخيرية ، والقانون رقم ٣٥٧ لسنة ١٩٥٢ المعدل له ، والقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥١ بشأن الجمعيات ، والقانون رقم ٤ لسنة ١٩٥٢ باجراء شهر نظم الجمعيات والمؤسسات .

(٣) يستمر العمل بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٤٩ بشأن الاندية والقوانين المعدلة له ، فهو قانون خاص لا ينسخه القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ وهو قانون عام .



### ٣٥٨ - مقومات الجمعية

يقصد بالجمعية - كما تعرفها المادة الأولى من القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ - « كل جماعة ذات تنظيم مستمر ، لمدة معينة أو غير معينة ، تتألف من أشخاص طبيعية أو اعتبارية ، لغرض غير الحصول على ربح مادي » . ومن هذا التعريف ، تبين أركان الجمعية ومقوماتها الآتية :

١ - تتألف الجمعية من عدد أو جماعة من الأشخاص . ويستوى أن يكون هؤلاء الأشخاص أشخاصا طبيعيين أو أشخاصا اعتباريين . بل إن قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة قد واجه صورة جمعية كل أعضائها من الأشخاص الاعتبارية، بنصه في المادة ٢٤ على أن « للجمعيات أن تكون اتحادات فيما بينها ، على أن تحتفظ كل منها بنشاطها وشخصيتها الاعتبارية . ويكون لهذه الاتحادات الشخصية الاعتبارية طبقا للشروط والأوضاع المقررة للجمعيات . وتنظم اللائحة التنفيذية الاتحادات وتبين علاقتها بالجمعيات » . ويستوى أن يكون عدد الأشخاص أعضاء الجمعية قليلا أو كبيرا ؛ ولكن يبدو أن ثم حدا أدنى يستلزمه المشرع في الجمعيات عموما هو ثلاثة أعضاء على الأقل « ١ » ، إذ يوجب ألا يقل عدد أعضاء مجلس إدارة الجمعية عن ثلاثة ( م ٢٦ / ٢ ) « ٢ » ، بل الغالب أن يكون عدد أعضاء الجمعية أكبر من ذلك ، إذ من الطبيعي أن يزيد عدد أعضاء الجمعية عن عدد أعضاء مجلس إدارتها .

٢ - تمثل الجمعية تنظيما مستمرا . ولا يقصد بالاستمرار التأييد والدوام ، إذ يمكن أن تعين للجمعية مدة محددة تنقضي بانتهائها ، وإنما يقصد بالاستمرار أن يكون وجودها وتنظيمها مستقرا ثابتا يميزها عن مجرد

---

(١) وقد يستلزم حدا أدنى أكبر من ذلك في بعض الجمعيات، كاستلزامه في الجمعيات التعاونية ألا يقل عددهم عن عشرة ( م ٣ من القانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٦ ) .

(٢) في هذا المعنى :

عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق، فقرة ١١٦ ، ص ١٦٥ و ١٦٦ .



الاجتماعات العارضة أو الوقتية التي لا تكون جمعية ولا تستأهل اكتساب الشخصية.

٣ - تهدف الجمعية الى غرض غير الحصول على ربح مادي ، وهذا هو الذي يميزها عن الشركة «١» . ويستوى بعد ذلك - ما دام غرض الجمعية غير مخالف للنظام العام والآداب - أن يكون خيرا أو دينيا أو علميا أو ثقافيا أو رياضيا أو اجتماعيا ، أو سياسيا كالأحزاب ، أو مهنيا للدفاع عن مصالح أبناء المهنة الواحدة كنقابات العمال.

#### ٣٥٩ - نشوء الجمعية وبدء شخصيتها

لا تنشأ الجمعية الا بمقتضى نظام مكتوب موقع من المؤسسين ( م ١/٣ ) والكتابة هنا - كما في حال الشركة - شرط وجود وانعقاد لا شرط اثبات . ويجب أن يشتمل نظام الجمعية المكتوب على بيانات

---

(١) قد تدق التفرقة بين الشركة والجمعية في صورة بعض الجمعيات التي تستهدف تحقيق منافع اقتصادية لأعضائها. ولكن ينبغي أن يكون مفهوما أن المقصود بالربح الذي يعتبر السعى اليه هو المميز الأساسي للشركة هو الكسب الايجابي المالى أو المادى الذى ينضاف الى ثروة الشركاء وليس مجرد الكسب السلبي بالاقتصاد فى النفقات أو توقي بعض الخسائر. ولذلك ينبغي أن تعتبر جمعيات لا شركات ، جمعيات التأمين التبادلى التي تستهدف تعويض من يحقق به من أعضائها خطر معين من حصيلة ما يساهم به فيها كل الأعضاء من أموال وحصص ، والجمعيات التعاونية للاستهلاك التي تبيع السلع للأعضاء بالسعر الجارى ثم تعيد اليهم فى آخر كل عام الفرق بين هذا السعر وبين نفقة التكلفة ومصاريف الإدارة (انظر: مصطفى طه : المرجع السابق، فقرة ٢٤٢ . وانظر كذلك فى تأييد اعتبار الجمعيات التعاونية جمعيات لا شركات: شفيق شحاتة ، فقرة ١٢٦ . - محمد سامى مدكور ، ص ١٤٩ . - سليمان مرقس ، هامش (١) ص ٣٥٠ - عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ١١٦ ص ١٦٨ ؛ ولكن انظر عكس ذلك ، بور سعيد الجزئية فى ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٣ ، المحاماة ١٤ ، رقم ١٠٩ ، ص ٢١٦) .



عددتها المادة ٣/٣ «١» وهى : اسم الجمعية «٢» والغرض منها «٣» ومركز ادارتها على أن يكون هذا المركز فى مصر ، واسم كل من الأعضاء المؤسسين «٤» ولقبه وسنه وجنسيته ومهنته وموطنه ، وموارد الجمعية وكيفية استغلالها والتصرف فيها ، والهيئات التى تمثل الجمعية واختصاصات كل منها وتعيين الأعضاء الذين تتكون منها وطرق عزلهم ، وحقوق الأعضاء وواجباتهم ، وطرق المراقبة المالية ، وكيفية تعديل نظام الجمعية وكيفية ادماجها أو تقسيمها أو تكوين فروع لها ، وقواعد حل الجمعية والجهة التى تؤول اليها أموالها.

وقد كان التقنين المدنى يقرر ثبوت الشخصية الاعتبارية للجمعية بمجرد انشائها أى بتحرير نظامها ( م ١/٥٨ وم ٥٥ ) ، ولكنه كان يعلق الاحتجاج بهذه الشخصية فى مواجهة الغير على شهر نظامها ( م ٢/٥٨ ) ؛ غير أن الشهر كان مقررًا لحماية الغير ، ولذلك كان يستطيع — رغم اهمال الشهر — التمسك ضد الجمعية بالآثار المترتبة على شخصيتها الاعتبارية ( م ٢/٥٩ ) . ولكن المشرع لم يلبث أن عدل عن هذه الأحكام فى القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ مقررًا أنه « لا تثبت الشخصية الاعتبارية للجمعية الا اذا شهر نظامها » ( م ٧ ) ، وبذلك لم يعد نشوء الجمعية بتحرير نظامها كافيا أصلا لبدء شخصيتها ، وهى فى ذلك تختلف عن الشركة بوجه عام كما سبق البيان «٥» . ويكون شهر نظام الجمعية ، الذى تبدأ به شخصيتها

---

(١) تنص المادة ٤/٣ من القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ على أن «تتضمن اللائحة التنفيذية نظاما نموذجيا يجوز للجمعيات اتباعه فى تحضير نظامها» .  
(٢) تنص المادة ٢/٢ من القانون على أنه « لا يجوز لاية جمعية ان تتخذ تسمية تدعو الى اللبس بينها وبين جمعية أخرى تشترك معها فى دائرة نشاطها » .

(٣) تنص المادة الثانية من القانون على أن « كل جمعية تنشأ لسبب أو لغرض غير مشروع أو مخالف للقوانين أو للآداب أو يكون الغرض منها المساس بسلامة الجمهورية أو بشكل الحكومة الجمهورى ، تكون باطلة لا اثر لها » .

(٤) تقضى المادة ٢/٣ من القانون بمنع المحرومين من مباشرة الحقوق السياسية من الاشتراك فى تأسيس الجمعيات أو الانضمام الى عضويتها .  
(٥) انظر سابقا ، فقرة ٣٥٥ .



بمجرد قيده في السجل المعد لذلك ( م ١/٩ ) «١» ، مقابل دفع رسم معين «٢». وتتولى الادارة العامة لشئون المراقبات بوزارة الشئون الاجتماعية والعمل نشر ملخص القيد في الجريدة الرسمية بغير مقابل «٣» ، ولكن لا يترتب على تأخير نشر الملخص في الجريدة الرسمية تأخير بدء شخصية الجمعية ، فهي تبدأ فور قيد نظام الجمعية في السجل المعد لذلك «٤». ولعل المشرع قد أراد - بتعليق بدء شخصية الجمعية على شهر نظامها لا على مجرد تحريره - فرض رقابة ابتدائية على الجمعيات «٥» ، وتحديد وقت بدء

(١) ويجب كذلك شهر كل تعديل في نظام الجمعية ، والا اعتبر التعديل كأن لم يكن ( م ١٣ ). واذا أنشأت الجمعية فروعاً لها ، فيجوز شهر هذه الفروع ويكون لها حينئذ شخصية اعتبارية مستقلة ، على ألا يكون للفرع تعديل نظامه الداخلي ، فيما يتعلق بالتزاماته قبل الجمعية الأصلية وكذلك فيما يتعلق بالسياسة العامة والتوجيه ، إلا بموافقة الجمعية الأصلية ( م ٢٥ ).

(٢) م ٨ من القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ ، وم ٦ من لائحته التنفيذية (النشرة التشريعية ، أبريل سنة ١٩٥٧ ، ص ٩٣١).

(٣) م ٢/٩ من القانون رقم ٢٨٤ لسنة ١٩٥٦ ، وم ٢ من القرار رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٧ الصادر من وزير الشئون الاجتماعية والعمل في شأن الجهات المختصة بإجراء شهر الجمعيات.

(٤) في هذا المعنى :

عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، هامش (٢) ص ١٦٩ .

(٥) ولعل هذا هو ما يبرر ما يعطيه المشرع للجهة الادارية المختصة بإجراء الشهر ( وهي المراقبة الاقليمية التابعة لوزارة الشئون الاجتماعية والعمل في شأن الجمعيات التي تقتصر منطقة نشاطها على دائرة اختصاص هذه المراقبة ، أو الادارة العامة لشئون المراقبات في شأن الجمعيات التي تشمل منطقة نشاطها أكثر من دائرة اختصاص مراقبة واحدة ) من سلطة رفض إجراء الشهر. ولكن يبقى للدوى الشأن حق التظلم من قرار رفض الشهر الى الادارة العامة لشئون المراقبات في حال صدور القرار من مراقبة اقليمية ، أو الى وكيل وزارة الشئون الاجتماعية والعمل في حال صدور القرار من الادارة العامة لشئون المراقبات ( م ١١ من القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ ، وم ٢ من القرار رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٧ سالف الذكر ). ويجب أن يبت في طلبات التظلم بقرار مسبب يخطر به ذوو الشأن في مقر الجمعية قبل مضي ستين يوماً من تاريخ وصوله الى الجهة المختصة ( م ٩ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ ).

وعلى أى حال ، فالأصل أن تقوم الجهة الادارية المختصة بإجراء الشهر خلال ستين يوماً من تاريخ طلبه ، فإذا مضت الستون يوماً دون انمامه ، اعتبر الشهر واقعاً بحكم القانون ( م ١٠ من القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ ).



شخصيتها تحديدا قاطعا يتيسر علم الكفاة به «١».

### ٣٦٠ - قيود أهلية وجوب الجمعية

سبق أن أشرنا الى أن أهلية وجوب الشخص الاعتبارى بوجه عام محدودة بالقياس الى أهلية وجوب الشخص الطبيعى بالنظر الى ما بين الشخصين من اختلاف فى التكوين والغرض؛ فتتقيد بامتناع اسناد الحقوق والالتزامات اللازمة لطبيعة الانسان الى الشخص الاعتبارى ، وبانحصار ما يسند الى الشخص الاعتبارى من حقوق والتزامات فى حدود ما يتخصص به من غرض «٢». وهذان القيدان فى شأن الشخص الاعتبارى عامة ، يصدقان كذلك فى شأن الجمعية خاصة. وقد عنى المشرع بوجه خاص بتأكيد مبدأ التخصص وأثره فى تقييد نشاط الجمعية بقوله « لا يجوز للجمعية أن تتجاوز فى نشاطها الغرض الذى أنشئت من أجله » ( م ١٦ ) ، مما يستتبع تقييد أهلية وجوبها وحصرها فى نطاق الحقوق والالتزامات المتعلقة بهذا الغرض وحده.

(١) اذا كانت شخصية الجمعية لا تبدأ الا بشهر نظامها ، فينبغى التساؤل عما اذا كان فى الامكان اسناد ما يتعلق بانشاء الجمعية من حقوق والتزامات ، فى فترة التأسيس وقبل ابتداء شخصيتها بالشهر ، الى الجمعية لا الى المؤسسين. وقد سبق أن رأينا اتجاه الفقه الحديث الى الاعتراف للأشخاص الاعتبارية - وخاصة للشركات - بشخصية معينة فى هذه الفترة فى حدود غرض التأسيس وحده ، على أن يتوقف مصير الحقوق والالتزامات المسندة اليها فى هذه الحدود من حيث استقرارها نهائيا أو زوالها على تمام أوعدم تمام تكوين هذه الأشخاص وثبوت شخصيتها. وقد أيدنا هذا الاتجاه، خاصة أمام اخذ المشرع المصرى به فى شأن الشركات المساهمة ، ورأينا تعميمه كقاعدة عامة فى شأن الأشخاص الاعتبارية دون تفرقة ، أمام التشابه بين مركز الشخص الاعتبارى فى مرحلة تكوينه وبين مركز الجنين فى مرحلة الحمل (راجع سابقا ، فقرة ٣٣٥). ومع ذلك ، فقد أورد المشرع المصرى حكما يشكك فى اعمال هذا المبدأ فى شأن الجمعيات ، وهو ما يمكن معه اعتباره استثناء منه ، ينصه على أن مؤسسى الجمعية « مسئولون عما يستلزمه إنشاء الجمعية من نفقات وما يتفرع عنه من التزامات. فإذا شهر نظام الجمعية ، ترد اليهم النفقات التى تقررها الجمعية العمومية » ( المادة الاولى من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ ).

(٢) راجع سابقا ، فقرة ٣٣٧ .



وفضلا عن هذه القيود العامة التي تحد من أهلية وجوب الجمعيات والأشخاص الاعتبارية بوجه عام ، خص المشرع الجمعيات بقيد خاص لا ينصرف الى غيرها من الأشخاص الاعتبارية «<sup>١</sup>» ، بنصه على أنه « لا يجوز أن تكون للجمعية حقوق ملكية أو أية حقوق أخرى على عقارات ، الا بالقدر الضروري لتحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله » ( م ١/٦ ) ؛ وهذا النص ليس الا ترديدا لنص المادة ١/٥٧ من التقنين المدني الملغاة التي استحدثت أصلا هذا القيد في القانون المصري ، « توكيا — كما يقال «<sup>٢</sup>» — لحبس العقارات عن التعامل ، ودرءا للتحايل على القواعد المتعلقة بالشركات » . ويبدو أن هذا القيد الخاص يجاوز حدود فكرة التخصص ، اذ ليس في تملك أو اكتساب حقوق على عقارات تزيد على القدر الضروري لتحقيق غرض الجمعية ، ما يحمل المعنى الذي يفرضه التخصص كقيد عام من الخروج على ذلك الغرض «<sup>٣</sup>» . ولعل المشرع باستحداث هذا القيد الخاص في شأن الجمعيات كان متأثرا — فضلا عما برره به من توقي حبس العقارات والتحايل على قواعد الشركات — بنوازع الحذر التقليدي من ازدياد قوة الجمعيات بما قد يحمله ذلك من خطر على الدولة ، وبالنظر التقليدية الاقتصادية الى العقارات باعتبارها أكبر قيمة من المنقولات وعماد ثروة وقوة الجمعيات بالتالي «<sup>٤</sup>» . وعلى أى حال ، فليس هذا القيد بالمطلق ، اذ لا يسرى على الجمعيات

(١) لا ينصرف هذا القيد الى المؤسسات رغم اعمال كثير من احكام الجمعيات في شأنها ، فالمادة ٦٩ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة — التي تحيل في شأن المؤسسات على بعض احكام الجمعيات — قد اغفلت الاحالة الى الحظر الناشئ عن هذا القيد الوارد على الجمعيات ( في هذا المعنى : اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٣٩ ) .

(٢) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدني ، مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٣٩١ .

(٣) اسماعيل غانم ، الموضع السابق .

(٤) ولذلك يكون للجمعية ان تملك أو تكتسب حقوقا على المنقولات دون قيد ، ولو كانت تجاوز القدر الضروري لتحقيق غرضها ( في هذا المعنى :



الخيرية «١» والثقافية «٢» (٢/٦م) والجمعيات ذات النفع العام (٤٢م) «٣»، فيجوز لها أن تملك أو تكتسب حقوقا على عقارات ولو كانت تجاوز قدر الضروري لتحقيق غرضها ، حتى تضمن لنفسها موارد ثابتة تنفق منها على هذه الأغراض الجديرة بالتحقيق والتشجيع وتتحوط في شأنها للمستقبل ، ولأنه لا حرج — بل ليس أولى وأفضل — من التزيد في تحقيق هذه الأغراض أمام نفعها وأهميتها البالغة دون الوقوف عند القدر اللازم والضروري منها ، فضلا عن انعدام خطر هذه الجمعيات على الدولة بالنظر الى طبيعة أغراضها والى خضوعها لرقابة إدارية أو إشراف إداري أشد من سائر الجمعيات «٤».

المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى ، الموضع السابع ) . ومع ذلك يذهب البعض (عبدالفتاح عبدالباقي، المرجع السابق، فقرة ١١٨، ص ١٧١) الى أن القيد في التملك — في حدود القدر الضروري لتحقيق غرض الجمعية — عام في شأن العقارات والمنقولات ، بينما يقتصر في شأن الحقوق الأخرى غير الملكية على العقارات وحدها.

(١) « تعد جمعية خيرية كل جمعية تتكون لتحقيق غرض أو أكثر من أغراض البر أو الرعاية الاجتماعية، قصر نفعها على أعضائها أو لم يقصر عليهم . وإذا باشرت جمعية غير خيرية غرضا من أغراض البر أو الرعاية الاجتماعية عن طريق هيئات داخلية فيها ، خضعت هذه الهيئات لأحكام الجمعيات الخيرية » ( م ١/٥٢ ) .

(٢) «تعتبر جمعية ثقافية كل جمعية يكون الغرض من تكوينها النهوض بالعلوم أو الفنون أو الآداب » ( م ٥٤ ) .

(٣) « تعتبر جمعية ذات نفع عام كل جمعية يقصد بها تحقيق مصلحة عامة ، يصدر قرار من رئيس الجمهورية باعتبارها كذلك » ( م ١/٤١ ) .

(٤) من قبيل ذلك ما يفرضه المشرع على مجلس إدارة الجمعية الخيرية من وضع تقرير سنوى عن أعماله ونشاطه ، وموافاة الجهة الإدارية المختصة بميزانية الجمعية وحسابها الختامى مع المستندات المؤيدة لهما متى طلب تقديمها ، وتقديم أية بيانات أخرى تطلبها الجهة المذكورة (م ٥٣) . وما يفرضه المشرع كذلك على مجلس إدارة الجمعية التعاونية من موافاة الجهة المختصة سنويا بتقرير عن نشاطها ، فضلا عن المستندات والبيانات المنصوص عليها بالنسبة الى سائر الجمعيات (م ٥٥) . وكذلك ما يعطيه المشرع للجهات الإدارية المختصة من سلطات واسعة للإشراف والرقابة والتدخل في شئون الجمعيات ذات النفع العام مما سيرد ذكره من بعد.



### ٣٦١ - نشاط الجمعية

١ - قيود نشاط الجمعية : من الواضح أن نشاط الجمعية - كنشاط أى شخص اعتبارى - يتقيد بمبدأ التخصص فينحصر في حدود غرضها وحده دون غيره من الأغراض «<sup>١</sup>» . وقد أكد المشرع المصرى صراحة هذا القيد فى شأن الجمعية خاصة فى نصوص متعددة ، منها نصه على أنه « لا يجوز للجمعية أن تتجاوز فى نشاطها الغرض الذى أنشئت من أجله » (م ١٦) ، وأن « على الجمعية أن تنفق أموالها فيما يحقق أغراضها . ولها أن تستعمل فائض إيراداتها لضمان مورد ثابت فى أعمال مضمونة الكسب على ألا يؤثر ذلك فى نشاطها » (م ١٨/١) «<sup>٢</sup>» ، وأنه « لا يجوز للجمعيات الدخول فى مضاربات مالية » باعتبار ذلك مناقضا للتخصص القانونى للجمعية بوصفها لا تستهدف تحقيق الربح المادى .

وفضلا عن هذه القيود العامة ، يضع المشرع قيودا خاصة على نشاط الجمعية . منها عدم جواز انتسابها أو اشتراكها أو انضمامها الى جمعية أو هيئة أو ناد مقره خارج الجمهورية المصرية قبل ابلاغ الجهة الادارية المختصة بذلك واتقضاء ثلاثين يوما من تاريخ الابلاغ دون اعتراض منها ؛ وعدم جواز تسلمها أو حصولها على أموال أو مبالغ من شخص أو جمعية أو هيئة أو ناد خارج الجمهورية المصرية ، أو ارسالها شيئا من ذلك الى أشخاص أو منظمات فى الخارج الا باذن من الجهة الادارية المختصة فيما عدا المبالغ الخاصة بـ شـن الـكتب والمجلات العلمية والفنية (م ٢١) ؛ وكل ذلك بقصد الرقابة على ما يكون للجمعية من صلات خارجية قد تضر بأمن الدولة وصالحها . ومن هذه القيود الخاصة كذلك أنه لا يجوز جمع تبرعات من الجمهور الا للجمعيات والاتحادات المشهرة التى يصدر بتحديدھا قرار من وزير الشئون الاجتماعية والعمل وترخص لها الجهة المختصة بذلك ،

(١) انظر سابقا ، فقرة ٣٤٧ .

(٢) انظر ، فى أحوال وشروط استغلال فائض أموال الجمعية ، المادة ١٣ من اللائحة التنفيذية لقانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة .



وبشرط ألا يكون الغرض من جمع المال تخصيصه لأغراض أية جمعية يكون نشاطها مقصورا على أعضائها ، وتخضع الجمعيات في ذلك للنظم التي تضعها وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل والتي تكفل وسائل جمع المال واتفاقه ومطابقتها للأغراض الممنوح الترخيص من أجلها والتفتيش على حساب التبرعات ( م ٢٢ من قانون الجمعيات والمؤسسات وم ١٤ و ١٧ من لائحته التنفيذية ) .

٢ - الهيئات التي تمثل الجمعية وتتولى نشاطها : الجمعية - كأي شخص اعتباري - تباشر نشاطها عن طريق هيئات أو أجهزة مكونة من أشخاص طبيعيين ، بحيث تنصرف آثار نشاطهم المادي والارادي - طبقا لفكرة التمثيل - الى الجمعية لا اليهم « ١ » . والهيئات الأساسية التي تمثل الجمعية وتتولى نشاطها هي الجمعية العمومية ومجلس الادارة .

(١) الجمعية العمومية : تتكون الجمعية العمومية من جميع الأعضاء العاملين الذين وفوا الالتزامات المفروضة عليهم وفقا لنظام الجمعية ، ومضى على عضويتهم - فيما عدا أعضاء جمعيات الطلبة في معاهد التعليم - مدة سنة على الأقل ( م ٣١ / ١ ) .

وتختص أساسا بالنظر في الميزانية والحساب الختامي وتقرير مجلس الادارة عن أعمال السنة وتقرير مراقب الحسابات « ٢ » ، وتعين أو انتخاب أعضاء مجلس الادارة وعزلهم ، وتعديل نظام الجمعية أو غرضها ، واتحاد الجمعية بغيرها أو ادماجها فيها ، وحل الجمعية ( م ٣١ و ٣٢ ) . ويتولى مجلس الادارة في الأصل الدعوة لاجتماعات الجمعية العمومية العادية وغير العادية « ٣ » . ويجوز كذلك لعشر الأعضاء الذين لهم حق

---

(١) راجع سابقا ، فقرات ٣٤٤ - ٣٤٦ .

(٢) تجب دعوة الجمعية العمومية ، مرة كل سنة خلال الثلاثة اشهر التالية لانتهاء السنة المالية للجمعية ، للنظر في هذه المسائل ( م ٣٢ / ١ ) .

(٣) تجوز دعوة الجمعية العمومية لاجتماعات غير عادية كلما اقتضت مصلحة الجمعية ذلك .



حضور الجمعية العمومية أو لمائتين منهم دعوتها الى الاجتماع بشروط معينة «١» ( م ٣٢/٣ ) .

والأصل أن تتخذ قرارات الجمعية العمومية «٢» بالأغلبية النسبية للأعضاء الحاضرين ، ما لم يرد في نظام الجمعية ما يخالف ذلك ( م ٣١/٣ ) ؛ أو ما لم يتطلب القانون في بعض المسائل أغلبية خاصة أكبر ، كتطلبه الأغلبية المطلقة لأعضاء الجمعية فيما يختص بتعديل نظامها ، وأغلبية ثلثي أعضائها فيما يختص بتقرير حل الجمعية أو تعديل غرضها أو اتحادها بغيرها أو اندماجها فيها أو عزل أعضاء مجلس الإدارة «٣» ( م ٣١/٤ ) .

(٢) مجلس الإدارة : يجب أن يكون لكل جمعية مجلس إدارة يبين نظامها اختصاصه وطرق تعيين أعضائه «٤» وانتهاء عضويتهم ، بشرط ألا يقل عددهم عن ثلاثة ، وألا تزيد عضويتهم على ثلاث سنوات وان كان من الجائز تجديد عضويتهم وفقا لنظام الجمعية ( م ٢٦ ) . وينعقد مجلس الإدارة مرة كل شهرين على الأقل ( م ٢٨/٢ ) .

ويتولى مجلس الإدارة ادارة شئون الجمعية ، وله في سبيل ذلك القيام بأي عمل من الأعمال عدا تلك التي ينص نظام الجمعية على ضرورة موافقة

---

(١) وذلك اذا كانوا قد طلبوا الى مجلس الإدارة كتابة دعوتها للانعقاد مع بيان الغرض منه ، ولم يستجب المجلس لهذا الطلب خلال خمسة عشر يوما .

(٢) ولكن يشترط لصحة هذه القرارات ان تكون صادرة في المسائل المبينة في جدول الأعمال الواجب الرفاقه باعلان الدعوة ( م ٣١/٢ ) .

(٣) ويجوز أن يشترط نظام الجمعية اقلية أكبر من ذلك ، وحينئذ يجب لصحة القرارات صدورها من هذه الاغلبية .

(٤) يشترط في عضو مجلس الإدارة — في غير جمعيات الطلبة في معاهد التعليم — أن يكون متمتعا بحقوقه المدنية والسياسية ( م ٢٧/١ ) . فضلا عن ذلك ، تحدد اللائحة التنفيذية شروطا أخرى يلزم توافرها في أعضاء مجالس ادارة بعض الجمعيات التي يصدر بتحديدھا قرار من وزير الشئون الاجتماعية والعمل ، بقصد رفع مستوى الإدارة فيها بحسب الغرض الذي أنشئت من أجله ( م ٢٧/٢ من القانون ، وم ٢٢ من اللائحة التنفيذية ) .



الجمعية العمومية عليها قبل اجرائها ( م ٢٨ / ١ ) • وله أن يعين — من أعضائه أو من غيرهم — مديرا يفوضه التصرف في أى شأن من الشئون الداخلة في اختصاصه ( م ٢٩ ) ؛ وتقوم المدير — ما لم يمنعه نص في نظام الجمعية — بالأعمال التنفيذية الداخلية ، كاقترح تعيين الموظفين وتوقيع الجزاءات التأديبية عليهم واعتماد أذونات الصرف والاشراف على تنفيذ قرارات الجمعية العمومية ومجلس الادارة ( م ٣٠ ) •

٣ - رقابة نشاط الجمعية : يخضع المشرع نشاط الجمعية لرقابة ادارية ورقابة قضائية على السواء ، ضمانا لالتزامها في ذلك أحكام القانون وأحكام نظامها وحدود غرضها وتخصصها •

(١) الرقابة الادارية فضلا عما سبقت الاشارة اليه من خضوع الجمعية للسلطة الادارية المختصة «١» في صلاتها مع الأشخاص والهيئات في الخارج وفيما تجمعه من تبرعات من الجمهور ، يكون للجهة الادارية المختصة كذلك حق الاطلاع على السجلات والوثائق التي يلزم المشرع الجمعية الاحتفاظ بها في مركز ادارتها ( م ١٤ ) • ويجب على الجمعية أن تخطر هذه الجهة عند تغيير المصرف المودع به أموالها خلال أسبوع من تاريخ حصوله ( م ١٧ / ٢ ) • وأن تبلغها بكل اجتماع للجمعية العمومية قبل انعقاده بخمسة عشر يوما على الأقل وبالمسائل الواردة في جدول الأعمال لتندب من يحضر عنها الاجتماع اذا أرادت ، وأن تبلغها كذلك بحضور من محضر اجتماع الجمعية العمومية خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الاجتماع ( م ٢٣ ) •

وكذلك فقد استحدث قانون الجمعيات والمؤسسات سلطة جديدة أعطاها للجهة الادارية المختصة ، تملك بمقتضاها وقف العمل — في حالة الاستعجال — بأى قرار يصدر من مجلس ادارة الجمعية أو جمعيتها العمومية

---

(١) انظر في تحديد السلطات والجهات الادارية المختصة المنصوص عليها في قانون الجمعيات والمؤسسات ولائحته التنفيذية ، قرار وزير الشئون الاجتماعية والعمل رقم ١٦٩ لسنة ١٩٥٨ (النشرة التشريعية يولييه سنة ١٩٥٨ ص ١٢٧١) •



أو من مديرها ، إذا رأت أنه مخالف للقانون أو للنظام العام أو للآداب ( م ١/٣٥ ) . ولكن سلطة الإدارة في وقف مثل هذا القرار لا تمتد الى حالة مخالفته نظام الجمعية وحده ما دام ليس في هذه المخالفة مخالفة كذلك للقانون أو للنظام العام والآداب «١» . وعلى أى حال ، فقرار الموقوف اجراء مؤقت ، اذ يسقط ويعتبر كأن لم يكن اذا لم ترفع دعوى بطلان القرار الموقوف «٢» الى المحكمة خلال الثلاثين يوما التالية لصدوره ( م ٢/٣٥ ) .

(٢) الرقابة القضائية : أخضع المشرع نشاط الجمعية لرقابة القضاء حتى يضمن التزامها حدود أغراضها واحترامها أحكام نظامها وأحكام القانون ، فجعل للمحكمة الابتدائية ، الواقع في دائرتها مركز الجمعية ، سلطة الحكم بإبطال كل قرار من الجمعية العمومية أو مجلس الإدارة أو المدير يصدر مخالفا للقانون أو لنظام الجمعية ( م ١/٣٤ ) . ويشترط أن ترفع دعوى البطلان من أحد الأعضاء أو من شخص آخر ذي مصلحة أو من النيابة العامة ، خلال ستة أشهر من تاريخ صدور القرار ( م ٢/٣٤ ) . غير أنه حماية لحسن النية ، لا يجوز رفع دعوى البطلان على من لاكتسب من الغير بحسن نية حقوقا على أساس القرار المذكور المخالف للقانون أو لنظام الجمعية ( م ٣/٣٤ ) فتظل هذه الحقوق قائمة ومستقرة لهم رغم ترتبها على مثل هذه المخالفة .

وكذلك فقد فرض المشرع عقوبات جنائية ، جعل للقضاء الحكم بها ، على من ارتكب جرائم من المنصوص عليها في المادة ٧١ من قانون الجمعيات والمؤسسات ، مثل مباشرة نشاط الجمعية قبل شهرها أو بعد حلها ونشر حكم الحل في الجريدة الرسمية ، أو مباشرة نشاط يجاوز غرضها ، أو امساك سجلات تتضمن بيانات كاذبة مع العلم بذلك أو تعمد إخفاء

---

(١) في هذا المعنى :

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٤٢ .

(٢) سواء من أحد أعضاء الجمعية ، أو من ذي مصلحة ، أو من النيابة العامة ، أو من نفس الجهة الادارية صاحبة قرار الوقف ( م ١/٣٤ و ٢/٣٥ ) .



بيان يتطلب القانون اثباته «١» ، وبوجه عام على كل من ارتكب مخالفة أخرى لأحكام هذا القانون أو لائحته التنفيذية أو القرارات الصادرة في شأنه «٢» (م ٧٢) . بل وجعل أعضاء مجلس الإدارة ومدير الجمعية مسئولين جنائيا كذلك عن الجرائم السابقة «٣» (م ٧٣) . ووصل الى حد معاقبة الجمعية كذلك عن هذه الجرائم ، فأعطى للقاضي سلطة الحكم باغلاق مقر الجمعية وفروعها أو أحدهما لمدة محدودة أو غير محدودة «٤» ومصادرة الأشياء المستعملة في الجريمة بحسب الأحوال (م ١/٧٤) .

### ٣٦٢ - انقضاء الجمعية

تنقضى الجمعية بالأسباب العامة لانقضاء الشخص الاعتباري «٥» ، مثل انتهاء الأجل المحدد لها ، أو استنفاد الغرض منها أو استحالة تحقيقه ، أو موت اكل أعضائها أو تضائلهم الى عضو واحد أو الى أقل من الحد الأدنى المفروض «٦» ، أو بحلها حلا اختياريا أو حلا اجباريا . وهذا السبب الأخير هو الذى نعرض له خاصة فيما يلى :

(١) **الحل الاختيارى :** لا يتأتى حل الجمعية حلا اختياريا الا بقرار يصدر من الجمعية العمومية بأغلبية ثلثى أعضاء الجمعية ، ما لم يرد فى نظام الجمعية نص يشترط أغلبية أكثر من ذلك (م ٤/٣١) .

(٢) **الحل الاجبارى :** لا يتأتى حل الجمعية حلا اجباريا الا بحكم قضائى . وحسنا فعل المشرع المصرى بحرمان السلطة التنفيذية من حق حل الجمعيات ، تمكينا للنزعة الحرة الديمقراطية ، وضمانا لعدالة الحل

---

(١) يعاقب مرتكب هذه الجرائم بالحبس مدة لا تزيد على ستة اشهر وبغرامة لا تزيد على مائة جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين (م ١/٧١) .

(٢) والعقوبة هنا هى الغرامة التى لا تتجاوز عشرين جنيها .

(٣) وهم يعاقبون فى الاصل بنفس العقوبات المقررة لهذه الجرائم ، الا اذا اثبت أحدهم عدم تمكنه - بسبب الغياب أو استحالة المراقبة - من منع وقوع الجريمة ، فتقتصر العقوبة على الغرامة .

(٤) راجع سابقا ، ص ٩٥٠ وهامش (٢) منها .

(٥) انظر سابقا ، فقرة ٣٤٨ .

(٦) انظر سابقا ، ص ٩٧٤ .



ولزومه وارتفاعه عن مظان الشبهة والتحكم. والحل القضائي يصدر « بحكم من المحكمة الابتدائية التابع لها مركز الجمعية ، بناء على طلب أحد الأعضاء أو أى شخص آخر ذى مصلحة أو النيابة العامة، متى أصبحت الجمعية عاجزة عن الوفاء بتعهداتها ، أو متى خصصت أموالها أو أرباح أموالها لأغراض غير التى أنشئت من أجلها ، أو متى ارتكبت مخالفة جسيمة لنظامها أو أية مخالفة للقانون أو للنظام العام أو للأداب » ( م ١/٣٦ ) .  
غير أن المحكمة ليست ملزمة بالحكم بالحل فى هذه الحالات ، فهو أمر جوازى متروك لتقديرها ، وقد ترى ابطال التصرف موضوع المخالفة كافيا ومجزئا عن الحل وهو جزء خلىر يعدم الجمعية وينهى شخصيتها ( م ٢/٣٦ ) .

**تصفية الجمعية :** اذا حلت الجمعية حلا اختياريا أو حلا قضائيا ، فتدخل دور التصفية التى يقوم بها معصف أو أكثر تعينه الهيئة التى قررت الحل أو حكمت به ( م ٣٨ ) ، أى تعينه الجمعية العمومية فى حال الحل الاختيارى والمحكمة فى حال الحل القضائى . وقد ينبغى — قياسا على المقرر فى شأن الشركات — الابقاء على شخصية الجمعية المنحلة طوال فترة التصفية، وفى حدود حاجات التصفية وبالقدر اللازم لاتمامها فحسب كما سبق البيان « ١ » ، واعتبار المصفى مثلا لها فى هذه الحدود .

وبعد تمام التصفية ، يقوم المصفى بتوزيع ما تبقى من أموال الجمعية وفقا لما هو مقرر فى نظامها وبما لا يتعارض مع أحكام القانون الآمرة . ومن هذه الأحكام ما تقرره المادة ١/ من قانون الجمعيات والمؤسسات من أنه « لا يجوز أن ينص فى نظام الجمعية على أن تؤول أموالها عند الحل الى الأعضاء أو الى ورثتهم أو أسرهم » . وحكمة هذا التحريم واضحة ، لأن الأصل فى وجود الجمعيات ليس هو تحصنيل ربح للأعضاء فضلا عن أن مواردها تتجمع فى الغالب من حصيلة التبرعات والاعانات فلا يجب أن تكون مصدرا لاثراء الأعضاء . ولكن اذا انتفت هذه الحكمة



— وهو ما يتحقق في شأن المال المخصص لصندوق الاعانات المتبادلة أو لصندوق المعاشات ، وفي شأن حصص الجمعيات التعاونية — فليس ما يمنع من النص في نظام الجمعية على أيلولة هذه الأموال أو تلك الحصص إلى الأعضاء أو ورثتهم أو أسرهم ( م ٢/٤ ) « ١ » ، ومن احترام هذا النص بالتالي بتوزيعها — عند الحل — عليهم .

وإذا لم يوجد في نظام الجمعية نص صحيح واجب التنفيذ على كيفية توزيع المتبقى من أموالها ، أو وجد ولكن أصبحت طريقة التوزيع المنصوص عليها غير ممكنة ، وجب على الجهة التي أصدرت قرار الحل — متى صار نهائياً — أن تقرر توجيه أموال الجمعية المنحلة إلى الجمعية أو المؤسسة التي يكون غرضها هو الأقرب إلى غرض الجمعية ( م ٢/٣٩ ) ، كفالة لاستمرار استخدام أموال الجمعية — رغم حلها — في تحقيق ما يقرب من غرضها .

### ٣٦٣ — الجمعيات ذات النفع العام

من الجمعيات ما يتمحض غرضه للصالح والنفع العام ، مما يبرر معاملتها معاملة خاصة رعاية لهذا الغرض ، بالتمكين لها من تمام القدرة على تحقيقه عن طريق منحها بعض امتيازات السلطة العامة واعفائها من بعض ما يرد من قيود على أهلية الجمعيات بوجه عام ، واعطاء السلطة

(١) وإذا كان المشرع يقرر أنه « ليس للعضو المنسحب ولا للعضو المفصول أي حق في أموال الجمعية إلا في الحالات المنصوص عليها في هذا القانون » ( م ٢/٥ ) ، فينبغي تفسير هذه الحالة بأنها إحالة على نص المادة ٢/٤ ( انظر اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، هامش (١) ص ٢٤٣ ) ؛ فيكون للعضو المنسحب أو المفصول — رغم عدم انقضاء الجمعية بانسحابه أو فصله — حق في المال المخصص لصندوق الاعانات المتبادلة أو لصندوق المعاشات أو في حصص الجمعيات التعاونية . ويؤكد ذلك ما ينص عليه قانون الجمعيات التعاونية من أنه يكون للعضو المنسحب « الحق في استرداد قيمة ما ساهم به في الجمعية ، بشرط ألا يترتب على ذلك تخفيض رأس مال الجمعية إلى أقل من نصف أقصى قيمة وصل إليها رأس المال منذ نشأة الجمعية . ويجب تخفيض قيمة ما يسترده العضو المنسحب بنسبة ما أصاب الجمعية من عجز في رأس مالها » ( م ٦ من القانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٦ ) .



الإدارية - مقابل ذلك - قسطا من الإشراف والهيمنة عليها أكبر مما لها من ذلك على الجمعيات العادية.

وواضح أن إخضاع مثل هذه الجمعيات لهذا النظام الخاص يقتضي القطع في حقيقة غرضها واستهدافها الخدمة أو المنفعة العامة، وهو أمر يجب أن يترك تقديره للسلطة التنفيذية، فهي التي تملك الاعتراف بغرض مثل هذه الجمعيات من النفع العام وإخضاعها لما يقتضيه ذلك من نظام خاص يزودها أساسا ببعض امتيازات السلطة العامة. ولذلك ينص قانون الجمعيات والمؤسسات على أن « تعتبر جمعية ذات نفع عام كل جمعية يقصد بها تحقيق مصلحة عامة يصدر قرار من رئيس الجمهورية باعتبارها كذلك. كما يجوز بقرار من رئيس الجمهورية سحب صفة النفع العام من الجمعية ». غير أن سحب صفة النفع العام من الجمعية لا يفقدها شخصيتها الاعتبارية، بل يقتصر على مجرد حرمانها من الخضوع لنظام الجمعيات ذات النفع العام وإعادة إخضاعها للنظام العادي للجمعيات عموما.

والجمعيات التي يصدر قرار من رئيس الجمهورية باعتبارها من الجمعيات ذات النفع العام تظل - رغم تمتعها ببعض امتيازات السلطة العامة - من أشخاص القانون الخاص الاعتبارية، فلا تعد بذلك من أشخاص القانون العام الاعتبارية ولا تختلط بصفة خاصة ببعض صورها كالمؤسسات العامة « ١ ».

(١) امتيازات الجمعيات ذات النفع العام: تتمتع الجمعيات ذات النفع العام - بالنظر إلى ما تقوم به من خدمة ومنفعة عامة - بنوعين هامين من الامتيازات :

١ - تعتبر هذه الجمعيات مستثناة من قيود الأهلية المتعلقة بتملك الأموال والعقارات، فتستطيع أن تملك أو تكتسب حقوقا على العقارات

(١) انظر في التفرقة بين المؤسسات العامة والمؤسسات ذات النفع العام: محمد فؤاد مهنا، المرجع السابق، ص ٤٥٥ - ٤٦١، وانظر كذلك سابقا، ص ١٥٩ و ١٦٠ و ١٦٢ و ١٦٣.



ولو كانت مجاوزة للقدر الضروري لتحقيق غرضها واستثناءها من هذه القيود مقرر بنص القانون ( م ٤٢ ) كما هو مقرر في شأن الجمعيات الخيرية والثقافية كما سبق البيان «١» ، فلا يلزم النص على هذا الاستثناء في القرار الصادر من رئيس الجمهورية بمنحها صفة النفع العام كما كان يتطلب ذلك التقنين المدني ( م ٢/٧٩ ) .

٢ - تتمتع الجمعيات - بالنظر الى الاعتراف لها بصفة النفع العام - ببعض اختصاصات وامتيازات السلطة العامة ، كعدم جواز الحجر على أموالها كلها أو بعضها ، وعدم جواز تملك هذه الأموال بمضى المدة ، وجواز قيام الجهة الادارية المختصة بنزع الملكية للمنفعة العامة التي تقوم بها الجمعية . ويعين بقرار من رئيس الجمهورية ما تتمتع به الجمعية ذات النفع العام من هذه الاختصاصات والامتيازات ( م ٤٣ ) «٢» .

(١) انظر سابقا ، ص ٩٧٩ و ٩٨٠ .

(٢) وقد أعطيت خصائص السلطة العامة الثلاث المذكورة في هذا النص بقرار رئيس الجمهورية الصادر في ١٩ فبراير سنة ١٩٥٧ باعتبار الجمعيات الآتية ذات نفع عام : اللجنة العليا لمصونة الشتاء وفروعها ، وجمعية الهلال الأحمر المصرى بالقاهرة وبالإسكندرية ، وجمعية الاسعاف العام الاهلية في جميع أنحاء الجمهورية ، والجمعية العامة لمكافحة الدرن بالقاهرة ، والجمعية النسائية لتحسين الصحة ، وجمعية المبرة وفروعها ، والجمعية الخيرية الاسلامية بالقاهرة ، وجمعية المؤاساة الاسلامية بالقاهرة ، ورابطة الاصلاح الاجتماعى بالقاهرة ، وجمعية المؤاساة الاسلامية بالإسكندرية ، وجمعية العروة الوثقى بالإسكندرية ، ومبرة الاسكندرية ، وجمعية الحرية لرعاية الطفولة بالإسكندرية ، وجمعية اولادى بالعادى ( النشرة التشريعية ، فبراير سنة ١٩٥٧ ، ص ٣٦٣ ) . وصدر كذلك قرار ثان من رئيس الجمهورية في ٢ نوفمبر سنة ١٩٥٧ باعتبار سبع وستين جمعية أخرى جمعيات ذات نفع عام ، وفوض وزير الشؤون الاجتماعية والعمل في أن يعين - بقرار منه - ما تتمتع به هذه الجمعيات من اختصاصات السلطة العامة ( النشر التشريعية ، نوفمبر سنة ١٩٥٧ ، ص ١٩٢٧ ) .

واشترط القراران الجمهوريان للتمتع بهذه الاختصاصات، ان يعتمد وزير الشؤون الاجتماعية والعمل نظم هذه الجمعيات ، على ان تشتمل هذه النظم على نص يخول الوزير المذكور سلطة تعيين ممثلين للوزارة أو إحدى الجهات الادارية الأخرى أعضاء في مجلس ادارتها ( م ٢/٢ من كل من القرارين المذكورين ) .



(٢) سلطة الادارة في الاشراف على الجمعيات ذات النفع العام : اذا كانت الجمعيات ذات النفع العام تتمتع ببعض مزايا واختصاصات السلطة العامة، فيجب أن يقابل ذلك خضوعها لاشراف ورقابة ادارية أشد من سائر الجمعيات العادية.

فلجهة الادارة المختصة الرقابة على تشكيل مجالس ادارة هذه الجمعيات وهيئاتها التنفيذية ، باستبعاد من ترى استبعاده من المرشحين للتعين فيها أو لانتخاباتها ، والاشراف على هذه الانتخابات ، والغاء الانتخاب الذى يقع مخالفا لنظام الجمعية أو للقانون (م ٤٧) . بل ولوزير الشؤون الاجتماعية والعمل — كما سبقت الإشارة «١» — سلطة تعيين ممثلين للوزارة أو احدى الجهات الادارية الأخرى أعضاء فى مجلس ادارة هذه الجمعيات للاشتراك فى تسير أمورها ومراقبتها عن كثب ، طبقا للواجب المفروض على هذه الجمعيات من تضمين نظمها تخويل الوزير مثل هذه السلطة لامكان اعتمادها منه وتمتع هذه الجمعيات باختصاصات السلطة العامة.

وكذلك تخضع هذه الجمعيات لفحص أعمالها والتحقق من مطابقتها للقوانين ونظمها وقرارات الجمعية العمومية من قبل مفتشين يعينهم الوزير المختص ، وترفع تقاريرهم الى الجهة الادارية المختصة (م ٤٤) .

وللجهة الادارية المختصة ، كذلك أن تحل مجلس الادارة بقرار مسبب وتعين مسديرا أو مجلس ادارة مؤقتا يتولى اختصاصات مجلس الادارة المخولة فى نظام الجمعية ، وذلك اذا ارتكبت من المخالفات ما يستوجب هذا الاجراء «٢» بعد انذارها بازالة المخالفة وانقضاء خمسة عشر يوما من تاريخ الانذار دون مخالفتها (م ١/٤٨) ، ولهذه الجهة أن تقرر حرمان المسؤولين من أعضاء مجلس الادارة القديم عن وقوع هذه المخالفات من

(١) انظر سابقا ، هامش (٢) ص ٩٩٠ .

(٢) وكذلك « اذا أصبح عدد أعضاء مجلس الادارة لا يكفى لانعقاده انعقادا صحيحا ، أو اذا تعذر انعقاد الجمعية العمومية بسبب عدم تكامل الأعضاء مرتين متواليتين بدون عذر تقبله الجهة الادارية المختصة » (م ١/٤٨) .



ترشيح أنفسهم لعضوية مجلس الادارة الجديد «١» لمدة أقصاها ثلاث سنوات  
(م ٥١) .

وتملك الجهة الادارية المختصة كذلك - في حال وجود أكثر من  
جمعية ذات نفع عام تسعى لتحقيق غرض مشترك - أن تقرر ادماجها أو  
توحيد ادارتها أو تعديل أغراضها (م ٤٦) ؛ أو انشاء اتحاد يقوم بتنسيق  
نشاطها وتوحيد مصادر جمع الأموال وتوزيعها عليها ، ويكتسب شهره  
شخصية اعتبارية مستقلة عنها (م ٤٥) .

## § ٢ - مجموعات الأموال

### ٣٦٤ - تمهيد وتقسيم

يقصد بمجموعات الأموال تلك الأشخاص الاعتبارية التي تتألف من  
أموال مرصودة على تحقيق غرض معين . وقد كانت الأوقاف الى قريب -  
رغم التشكك أول الأمر في ثبوت الشخصية لها - هي الصورة الوحيدة  
التقليدية في مصر لمثل هذا النوع من الأشخاص الاعتبارية ، اذ حجب  
انتشار الوقف في مصر وتأصله فيها منذ قديم ، كنظام تقليدى مستقر ،  
وأخر طويلا ظهور صور أخرى الى جولره من مجموعات الأموال ذات  
الشخصية الاعتبارية . غير أن ما أحاط نظام الوقف في العمل من جمود  
وما اتسمت به ادارته من فساد ، صرف كثيرا من الناس - في تحقيق ما  
يريدون من أغراض البر - عن سلوك طريق الوقف ، واضطروهم - لذلك  
ولعدم اتساع صورة الوقف لبعض أغراض النفع العام التي لا تحمل معنى  
البر «٢» - الى سلوك طرق غير مباشرة كالهبة للحكومة أو طرق غير مناسبة  
كانشاء جمعيات لتحقيق هذه الأغراض . من أجل ذلك لم يجد المشرع

---

(١) تنتخب الجمعية العمومية مجلس ادارتها الجديد - بعد اتخاذ  
الاجراءات الخاصة بالترشيح لعضويته - في الجلسة التي يدعو اليها المدير أو  
مجلس الادارة المؤقت خلال المدة التي يحددها قرار تعيينه (م ١/٥٠ و ٢) .  
(٢) كمشروع القرش . انظر في امتناع اخراجه مخرج الوقف : سليمان  
مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٢٣٠ ، ص ٣٦٢ .



المصرى بدا من انشاء صورة جديدة من صور مجموعات الأموال ذات الشخصية الاعتبارية الى جوار الوقف ، واختار لذلك الصورة المعروفة والمنتشرة في كثير من الشرائع الحديثة وهي صورة المؤسسة . وبذلك أصبحت هناك صورتان لمجموعات الأموال في القانون المصرى ، تتفقان في ثبوت الشخصية الاعتبارية لهما وتختلفان بعد ذلك فيما تخضعان له من أحكام ، هما : صورة الوقف المستمد نظامه من أحكام الشريعة الاسلامية ، وصورة المؤسسة المأخوذة والمستمدة أحكامها من الشرائع الغريبة .

### (١) الأوقاف

#### ٣٦٥ - شخصية الوقف الاعتبارية

الوقف هو حبس العين عن التصرف أو عن التملك لأحد من العباد ورصد منفعتها - على سبيل التأقيت أو التأييد «١» - على جهة من جهات البر ابتداء أو انتهاء . وقد تأصل نظام الوقف في الفقه الاسلامى ، وشاع الالتجاء اليه منذ أول العهد الاسلامى في البلاد الاسلامية وفي مصر منها خاصة ، لما يحمله من معنى التصديق المندوب اليه ديانة .

وقد كان ثبوت الشخصية الاعتبارية للوقف محل شك ، أمام عدم وجود نص صريح أول الأمر في القانون المصرى ، وأمام افتقار نظرية للشخصية الاعتبارية في الفقه الاسلامى . ولكننا سبق أن أشرنا «٢» الى أن هذا الفقه يحتوى على بعض أحكام فرعية لا يمكن حملها الا على محل الاعتراف لبعض الجهات بصلاحيه وجوب الحقوق والالتزامات ، مما يعنى وجود أساس صالح لفكرة الشخصية الاعتبارية في هذا الفقه ، ويرر مذهب بعض المعاصرين من فقهاء الشريعة الاسلامية في تأييد القول بتقبل هذه

(١) تنص الفقرة الأولى من المادة الخامسة من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوقف على أن « وقف المسجد لا يكون إلا مؤبدا ، ويجوز أن يكون الوقف على ما عهداه من الخيرات مؤقتا أو مؤبدا ، وإذا أطلق كان مؤبدا ... » .

(٢) انظر سابقا ، ص ٨٦٤ و ٨٦٥ .



الشريعة لفكرة الذمة أو الشخصية الاعتبارية الى جوار الذمة أو الشخصية الطبيعية الثابتة لأفراد الناس «١». وفضلا عن ذلك ، ففى أحكام الوقف الفرعية خاصة ما يؤكد صلاحيته — فى نظر الفقه الاسلامى — للوجوب له وعليه ويثبت له الذمة أو الشخصية ، اذ ثابت له — بمقتضى هذه الأحكام — انفصاله واستقلاله عن شخصية الواقف وشخصية الناظر وشخصيات المستحقين ، واسناد الالتزامات والحقوق اليه بذاته لا الى أحد من هؤلاء ، كتحميله بالدين فى أحوال الاستدانة الصحيحة ، وحقه فى الضمان عن استهلاك ماله أو اغتصاب أعيائه ، وحقه فى ملكية ما يشتري من قائض غلته «٢».

(١) ولكن يبدو — اذا صح تقبل الشريعة الاسلامية لفكرة الشخصية الاعتبارية — أن هذه الشخصية يظل منظورا اليها فيها بوصفها شخصية حكمية أو افتراضية الى جانب شخصية الانسان وهى الشخصية الحقيقية الوحيدة. ومرد ذلك تأسيس الذمة أو الشخصية فى الفقه الاسلامى على فكرة العهد، مما يجعل الاعتراف لغير الانسان بالشخصية ضربا من المجاز والافتراض، ولذلك يقول الأستاذ محمد فرج السنهورى انه « اذا نفى الفقهاء ( فى الشريعة الاسلامية ) الذمة وأهلية الوجوب عن غير الانسان المعين ، فاتهم لا ينفون الا الذمة والأهلية الحقيقيتين اللتين تنشآن عن العهد والعقد ، ولا يعنون الذمة والأهلية الاعتباريتين » ( مجموعة القوانين المصرية المختارة من الفقه الاسلامى ، ج ٣ ، قانون الوقف ، فقرة ٥٥٥ ، ص ٨٢٣ ).

(٢) أنظر فى تأكيد الشخصية الاعتبارية للوقف فى نظر الفقه الاسلامى: محمد فرج السنهورى ، المرجع السابق ، فقرة ٥٥٦ ، ص ٨٢٤ و ٨٢٥ ، وقوله فى ذلك خاصة : « ان للوقف كيانه المستقل ، فهو منفصل تمام الانفصال عن املاك الواقف المطلقة... واذا استهلك مال الوقف أو اغتصبت اعيائه حتى وجب الضمان ، فلمن تجب القيمة ؟ انها لا تجب لغير جهة الوقف. واذا اشترى القيم ماشية وآلات من الغلة لزرع ارض الوقف فلمن يكون ملكها ؟ انها ليست مملوكة للمشتري ولا للموقوف عليهم ما دام استغلال الوقف محتاجا لها وانما هى ملك لجهة الوقف... واذا اشترى القيم بفاضل الوقف مستغلا، يباع اذا دعت الحاجة الى بيعه ، لم يكن وقفا على الصحيح ولكنه ليس مملوكا لأنسان بعينه وانما هو مال لجهة الوقف وتابع لها. واذا وقعت الاستدانة الصحيحة فمم يجب ادائها ، ان ادائها واجب فى غلة الوقف... وفى كتاب القضاء أن الوقف يقضى له وعليه... وقد تكلم الفقهاء فى موطن الوقف من ناحية الولاية والاختصاص ، فمنهم من نظر الى موطن الاعيان، ومنهم من نظر



ولذلك لم يكن غريبا أن يستقر القضاء المصرى على اعتبار الوقف شخصا من الأشخاص الاعتبارية «١»، وأن يعتبر ناظره نائبا عن الوقف لا عن المستحقين. وقد أحسن المشرع المصرى من بعد بإقرار هذا الاتجاه المحمود الذى يتفق وحقيقة الواقع من نظرة الفقه الاسلامى الى الوقف ، اذ نص صراحة فى التقنين المدنى الجديد على احتساب الأوقاف من طوائف الأشخاص الاعتبارية ( م ٣/٥٢ ) .

الى موطن المتولى ( مقر الادارة ) . وبهذا اتضح أن للوقف أهلية الوجوب فيما له وما عليه، وأن له ذمة حكمية عند الجمهور، وله نائب وموطن وله حق التقاضى ، فاكتملت له خصائص الشخص الاعتبارى ، فلا حرج مطلقا فى جعله شخصا اعتباريا ، ولا يتناقض ذلك مع كونه نظاما اسلاميا له قواعده ومقوماته الخاصة، فان هذه القواعد وتلك المقومات متفقة مع مقومات الشخص الاعتبارى تمام الاتفاق .

(١) السيدة زينب الجزئية ، ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ ، المجموعة الرسمية ٢٣ ، رقم ١١٥ ص ١٧٦ . - استئناف مصر ، ٢٥ يولييه سنة ١٩٢٢ ، المحاماة ٤٨٣/١٦٢/٢ . - استئناف مختلط ، ٥ فبراير سنة ١٩٢٤ ، المحاماة ٤٧١/٤٠٠/٥ . - نقض ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ ، مجموعة عمر ، ج ١ ، رقم ١٧٥ ص ٣٧٠ .

وقد جاء فى الحكم الاخير أن فقهاء الشريعة الاسلامية قد رسموا طريقة حماية ما يترتب على الوقف من ملك لا يملكه أحد من الخلق، « فجعلوا الأعيان الموقوفة تحت اشراف الحاكم الشرعى ، وجعلوا لهذا الحاكم أن يعين من يتولى فعلا حفظ العين الموقوفة واستغلالها وتوزيع ثمرتها على مستحقيها من اشخاص أو جهات بر . . ومما قرروه . . أنه اذا احتيج فى المحافظة على اعيان ( الوقف ) الى نفقة لا تفى ثمرته بها ، فان لمتولىه أن يستدين باذن الحاكم الشرعى ما يفى بتلك النفقة ويكون هذا دينا لازما على الوقف نفسه يؤدى من غلته . كما صرحوا بأن الغلة اذا فاضت عن المصاريف المقررة ، أمكن لجهة الوقف أن تشتري بهذا الفائض مستغلا يكون مملوكا لها وتستطيع بيعه عند الاقتضاء . فالوقف اذن كائن تخلقه ارادة الواقف ويبقى قائما على أصله أبدا يتعامل ويدين ويستدين ، وتكون له حقوق وعليه واجبات فى الحدود التى قررها الفقهاء ؛ وكل كائن يجمع هذه الخواص ، فهو شخص قانونى اعتبارى بحسب اصطلاح علماء القانون . وعلى ذلك ، فليس للدائن المستحق فى الوقف أن يعتمد الى المحصولات الزراعية الناتجة من أرض الوقف فيحجز عليها فى مخازن الوقف حجزا تنفيذيا على اعتبار أنها مملوكة ملكا خاصا لمدينه ، فان حجز عليها كذلك فحجزه باطل . »



ويخضع الوقف في تنظيمه وأحكامه أساسا للقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ والقوانين المعدلة له ، وللراجح من مذهب أبى حنيفة فيما لا تعرض له هذه القوانين من مسائل . وليس هذا مجال عرض أحكام الوقف ، فانما يعنينا الكلام فيه في هذا المقام بوصفه شخصا اعتباريا . وتبدأ شخصيته الاعتبارية بتمام نشوئه وتكوينه وفق أحكام القانون ، اذ هو من طوائف الأشخاص الاعتبارية التي يغنى الاعتراف العام في شأنها دون تطلب اعتراف خاص ، ويتم نشوء الوقف وتكوينه بأشهاد لدى المحكمة «١» وقيدته في دفاترها .

وتنتهى شخصية الوقف انتهاء طبيعيا بانتهاء المدة المعينة له ان كان مؤقتا ، أو بانقراض الموقوف عليهم ( م ١٦ من قانون الوقف ) . ويعود الوقف ملكا للواقف اذا كان حيا ، والا فلورثته الموجودين وقت وفاته ، والا كان للخزانة العامة ( م ١٧ ) . وتنتهى هذه الشخصية بحكم من المحكمة — بناء على طلب ذى الشأن — اذا تخربت أعيان الوقف كلها أو بعضها ، ولم تمكن عمارة المتخرب أو الاستبدال به على وجه يكفل للمستحقين نصيبا في الغلة غير ضئيل ولا يضرهم بسبب حرمانهم من الغلة وقتا طويلا «٢» ، ويصير ما انتهى فيه الوقف ملكا للواقف ان كان حيا ، والا فلمستحقه وقت الحكم بانهاؤه ( م ١٨ ) .

### ٣٦٦ - مصير نظام الوقف

اذا كان نظام الوقف قد رسخت أقدامه وشاع العمل به في مصر منذ قرون عديدة ، الا أن تطور الأوضاع الاقتصادية في العصر الحديث قد كشفت عن جمود هذا النظام بعرقلته تداول الأموال واستغلالها على النحو

---

(١) اذا كان الموقوف عقارا، فيجب تسجيل الاشهاد المذكور في سجلات الشهر العقارى .

(٢) وكذلك يمكن — بقرار من المحكمة — انتهاء الوقف جزئيا في نصيب أى مستحق يصبح ما يأخذه من الغلة ضئيلا ( م ١٨ ) .



المثمر المفيد، مما انعكس معه القصد منه فتضاءلت ثمراته على نحو جعل نصيب الفقراء والمستحقين فيه تافها عديم الجدوى ، فضلا عما كان لسوء ادارته من يد طولى فى تخريب أعيانه ونهب ثمراته وتضييع أغراضه . من أجل ذلك ، عمت الشكوى من سوء حال الأوقاف ، وارتفعت الدعوة الى انائها وحلها . وقد وجد المشرع المصرى ، فى صدور قانون الاصلاح الزراعى المحدد للملكية الأراضى الزراعية بما لا يزيد على نصاب معين ، فرصة سانحة للتدخل تدخلا حاسما - وان كان جزئيا - بالبر بعد أن استعصى العلاج ، ففضى بإلغاء الوقف على غير الخيرات وهو المعروف بالوقف الأهلى بالمرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ، « حتى يتسنى - كما تقول مذكرته الايضاحية - تطبيق أحكام تشريع الاصلاح الزراعى على الأراضى الزراعية الموقوفة التى يتمتع فيها المستحقون بحكم الواقع بمركز لا يختلف فى جوهره عن مركز الملاك... » وحتى يتسنى اطلاق طائفة جسيمة من الأموال من عقالها ، لتصبح عنصرا من عناصر التداول والاستثمار... »

وبذلك انكمش وضاق نطاق الوقف الى حد الانحصار فى الوقف الخيرى وحده الذى يكون مصرفه فى الحال خالصا لجهة من جهات البر . وفى شأن هذا الوقف ، تدخل المشرع كذلك للتوقى من مساوىء ادارته المزمنة ومن جمود نظامه ، فجعل الولاية عليه لوزارة الأوقاف ما لم يشترط الواقف النظر لنفسه « ١ » ، وأجاز لوزير الأوقاف - بموافقة مجلس الأوقاف الأعلى واجازة المحكمة - اهدار شرط الواقف وصرف ريع الوقف كله أو بعضه على جهة بر أخرى تكون أولى من الجهة التى عينها الواقف « ٢ » . وإذا كانت هذه الأحكام تستجيب لدواعى الاصلاح والعلاج الواجبة ،

---

(١) م ٢ من القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ ، المعدلة بالقانون رقم ٥٤٧ لسنة ١٩٥٣ .

(٢) المادة الأولى من القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ .



فيبدو أنها — كما يظن البعض «١» — تكاد تحمل الأفراد على الاحجام عن سلوك طرق الوقف وتكاد تقضى بالتالى على البقية الباقية منه . فاذا أضفنا الى كل ذلك استحداث نظام المؤسسات فى القانون المصرى، وامكان تحقيق ما يبتغيه نظام الوقف من أغراض البر عن طريقها على نحو أفضل وأكثر مرونة وأقل تعقيدا ؛ ثارت بذلك مشكلة مصير الوقف ، وصح التساؤل عن مدى الفائدة من الإبقاء عليه فى وضعه الحالى ، وعما اذا لم يكن من الأفضل اذن الاستغناء بنظام المؤسسات عن المتبقى منه والتوصل بذلك الى توحيد طرق تحقيق أغراض البر والنفع العام المستمرة ؟ «٢» .

## (٢) المؤسسات «٣»

### ٣٦٧ — تمهيد

سبق أن أشرنا الى أن قيام نظام الوقف واستقراره فى مصر منذ بعيد كان سببا فى تأخير ظهور نظام المؤسسات فيها ، وأن هذه الصورة من صور الأشخاص الاعتبارية صورة مستحدثة فى القانون المصرى أمام انصراف كثير من الناس عن سلوك طريق الوقف لتحقيق ما يريدون من أغراض البر وعدم اتساع هذا الطريق لتحقيق بعض أغراض النفع العام التى لا تحمل معنى البر . وقد تم ادخال صورة المؤسسة فى القانون المصرى على يد التقنين المدنى الجديد الذى عنى بتنظيم أحكامها فى المواد من ٦٩ الى ٧٨ منه . وقد رأى المشرع من بعد — بمناسبة إعادة تنظيم وجمع أحكام الجمعيات — أن يعيد تنظيم أحكام المؤسسات ، فأصدر القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ جامعا لأحكام الجمعيات والمؤسسات الخاصة معا ، وناسخا بذلك ما كان يحكمها من مواد التقنين المدنى .

(١) محمد مصطفى شلبى ، الوقف والوصية بين الفقه والقانون، ١٩٥٨، ص ١٢٥ و ١٢٦ .

(٢) قارن مع ذلك : محمد مصطفى شلبى ، هامش ص ١٢٦ و ١٢٧ .

(٣) يسميها المشرع فى القانون رقم ١٨٤ لسنة ١٩٥٦ بالمؤسسات الخاصة ، تميزا لها — باعتبارها من اشخاص القانون الخاص — عن المؤسسات العامة وهى من اشخاص القانون العام .



### ٣٦٨ - مقومات المؤسسة

المؤسسة شخص اعتباري ينشأ بتخصيص مال مدة غير معينة لعمل ذي صفة انسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو رياضية ، أو لأى عمل آخر من أعمال البر أو الرعاية الاجتماعية أو النفع العام ، دون قصد الى ربح مادي ( م ٥٧ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة ) . ومن هذا التعريف ، تتبين أركان ومقومات المؤسسة الآتية :

(١) تقوم المؤسسة أساسا على مال أو مجموعة من الأموال كالوقف ، وليس على تجمع جماعة من الأشخاص كالشركة أو الجمعية . فقد يكون منشئوها واحدا ، وقد يكون لها منشئون عدة ومع ذلك فهم لا يدخلون في تكوينها كأعضاء فيها بل ينتهى دورهم برصد ما يخصصون من مال أو أموال على تحقيق الغرض المقصود .

(٢) تستهدف المؤسسة تحقيق غرض من أغراض البر أو الرعاية الاجتماعية أو النفع العام ، دون أى قصد الى تحقيق ربح مادي . وبذلك تتميز المؤسسة أساسا عن الشركة التى تستهدف الربح المادي . وإذا كانت المؤسسة تتفق وتشارك مع الجمعية فى استبعاد استهداف تحقيق الربح ، إلا أنهما يفرقان مع ذلك فى نوع ما يصلحان لتحقيقه من أغراض ، إذ لا تصلح المؤسسة إلا لتحقيق أغراض ومصالح عامة ، بينما تصلح الجمعية لتحقيق أغراض ومصالح عامة أو خاصة على السواء . وإذا كانت المؤسسة كذلك تتفق مع الوقف - منذ الغاء الوقف الأهلى « ١ » - فى استهداف تحقيق غرض عام من أغراض البر ، إلا أن أغراض المؤسسة تتجاوز بعد ذلك غرض الوقف ، لأنها تتسع لتحقيق النفع العام الذى قد لا يحمل معنى تحقيق البر .

---

(١) كان من شأن وجود الوقف الأهلى امكان تحقيق غرض خاص لا تتسع له المؤسسة ، كرصد الشخص مالا على تعليم افراد أسرته . أما اليوم وبعد أن ألغى الوقف الأهلى ، فلا يتأتى اعطاء هذا المال الشخصية الاعتبارية إلا عن طريق اعتراف خاص من المشرع ( انظر : اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٢٨ ) ، أو بسلوك طريق غير مباشر بتكوين جمعية ، وهو غير متيسر فى كل الأحوال .



(٣) تنشأ المؤسسة لمدة معينة ، فلا يجوز تحديدها بمدة مؤقتة معلومة ، وهى فى ذلك تختلف عن الوقف الذى يجوز أن يكون مؤقتا أو مؤبدا .

### ٣٦٩ - انشاء المؤسسة وبعبء شخصيتها

يتحقق انشاء المؤسسة بإرادة منشئها اذا كان واحدا أو منشئها اذا كانوا عدة ، سواء كان انشاء حالا توجد به المؤسسة فى حياته أو حياتهم ، أو كان مضافا الى ما بعد الموت لا توجد به الا بعد وفاته أو وفاتهم . ويتطلب المشرع أن يتم الانشاء بسند رسمى اذا كان حالا ، واذا كان مضافا الى ما بعد الموت فيتم عن طريق الوصية دون اشتراط رسميتها ، اذ ينص على أن « يكون انشاء المؤسسة بسند رسمى أو وصية » (م ٥٨/١) .

ويعتبر انشاء المؤسسة تصرفا على سبيل التبرع من جانب المنشئ «<sup>١</sup>» ، فيخضع لما يخضع له هذا النوع من التصرفات من أحكام . ولذلك يجوز لدائنيه الطعن فى هذا التصرف ومنع نفاذه فى حقهم اذا توافرت شرائط الدعوى البولصية (م ٢٣٨ مدنى) . ولا ينفذ هذا التصرف فى حق الورثة — اذا كان وصية أو فى حكمها — فيما زاد على ثلث التركة الا باجازتهم . وينبغى أن يكون المنشئ أهلا للتبرع أو الايضاء «<sup>٢</sup>» .

ويعتبر السند الرسمى أو الوصية بانشاء المؤسسة دستورها ، ولذلك يجب أن يشتمل على البيانات الأساسية المتعلقة بها وقد حددها المشرع

---

(١) ينص المشرع على أن « يعتبر انشاء المؤسسة بالنسبة الى دائنى المنشئ وورثته بمثابة هبة أو وصية... » (م ٥٩) . ولكن من الواضح أنه غير صحيح وصف انشاء المؤسسة بأنه هبة لأن الهبة عقد يتطلب الإيجاب والقبول ، ولا يتصور القبول من المؤسسة التى لم تنشأ بعد ، بل ولا حاجة للقبول لنشوء المؤسسة اذ تكفى لذلك ارادة المنشئ وحده ( انظر : عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ١٨٩ و ١٩٠ . - اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٤٩) .

(٢) عبد المنعم البدر اوى ، المرجع السابق ، فقرة ١٦٠ ، ص ٢٣٥ .



على سبيل الحصر «١» ، وهى : اسم المؤسسة ، ومركزها الواجب أن يكون فى مصر، والغرض من انشائها ، وبيان دقيق للأموال المخصصة له ، وتنظيم ادارة المؤسسة بما فى ذلك اسم مديرها ( م ٥٨ / ٢ ) ، والمصرف المودعة فيه أموالها، واسم كل من المؤسسين ولقبه وسنه وجنسيته ومهنته وموطنه، وقيمة ما ساهم به كل مؤسس «٢» ، وموارد المؤسسة وكيفية استغلالها والتصرف فيها ، وطرق المراقبة المالية ، وكيفية تعديل نظام المؤسسة وادماجها أو تقسيمها أو تكوين فروع لها أو تحديد الجهة التى يرجع اليها فى ذلك ، وكيفية تصفية المؤسسة والجهة التى تؤول اليها أموالها ( المادة الأولى من قرار وزير الشئون الاجتماعية والعمل رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٧ ) «٣» .

واذا كان انشاء المؤسسة يتم من جانب المنشئ وبارادته وحده ، فمقتضى ذلك فى الأصل امكان رجوعه فى هذا الانشاء . وظاهر أن الانشاء اذا كان بوصية ، فمقتضى القواعد العامة — باعتبار الوصية غير ملزمة للموصى الا بموته — امكان رجوع المنشئ عن المؤسسة فى أى وقت قبل موته «٤» ، فلا توجد المؤسسة الموصى بها اذن الا بموت منشئها مصرا

---

(١) لم ينص المشرع على جزاء معين على اغفال بعض هذه البيانات ، لذلك ينبغى ترك أمر تحديد الجزاء ومدى مناسبته لتقدير القاضى ( فى هذا المعنى : المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المدنى ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٤٣١ ) .

(٢) واذا كان المال الذى ساهم به أحد المؤسسين عملا أو خدمة فنية، فتقوم نقدا .

(٣) الوقائع المصرية فى ٢٠ مايو سنة ١٩٥٧ ، العدد ٤٠ .

(٤) فى هذا المعنى :

سليمان مرقس ، ص ٣٦٤ . — شمس الدين الوكيل ، ص ١٣٣ .  
جميل الشرقاوى ، ص ١٧٦ و ١٧٧ . — اسماعيل غانم ، ص ٢٤٩ . — عبد  
المنعم البدرأوى ؛ ص ٢٣٥ .  
وقارن مع ذلك :

شفيق شحاتة ، هامش ص ١٣٧ . — عبد الحى حجازى ، ص ١٨٩ . —  
محمد سامى مذكور ، ص ١٥٦ .



عليها. أما اذا كان انشاء المؤسسة حالا بسند رسمى ، فيجوز لمنشئها العدول عنها بسند رسمى آخر بشرط أن يتم هذا العدول قبل شهر المؤسسة «١» ( م ٦٠ ) .

وقد كان مجرد انشاء المؤسسة ، بتحرير السند الرسمى أو بالوصية بها وموت الموصى مصرا عليها ، كافيا - فى ظل أحكام التقنين المدنى الجديد الملغاة - لابتداء شخصيتها ، غير أنه لم يكن يجوز الاحتجاج بهذه الشخصية قبل الغير الا بعد شهر المؤسسة ( م ٧٣ / ٣ مدنى ) . ولكن المشرع لم يلبث أن عدل عن هذا الحكم فى القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ ، اذ قرر أن الشخصية الاعتبارية لا تثبت للمؤسسة الا بشهر نظامها ( م ٦١ ) وابتداء من هذا الشهر ، وذلك فى مواجهة الكافة ، وهو حكم بسطه كذلك على الجمعيات كما سبق البيان «٢» . ويتم شهر المؤسسة ، بناء على طلب منشئها أو أول مدير لها أو الجهة الادارية المختصة بالاشراف على المؤسسة ، طبقا للأحكام المقررة لشهر الجمعيات ( م ٦٢ ) .

وقد كان التقنين المدنى يجعل انشاء المؤسسة فى الأصل حرا دون رقابة ابتدائية عليه من قبل الدولة أو السلطة التنفيذية فيها بوجه أخص «٣» . ولكنه عاد فأخضع الانشاء لمثل هذه الرقابة «٤» بالقانون رقم ٣٨٤ لسنة

(١) اذا كان قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة قد احتفظ بهذه القاعدة التى كانت مقررة أصلا فى التقنين المدنى ، فيبدو أنها تستوى الآن على أساس أكثر منطقا . اذ من الطبيعى اليوم - وشخصية المؤسسة لم تعد تبدأ منذ نشوئها ، كما كان يقضى التقنين المدنى ، بل منذ شهرها - الا يملك المنشئ عليها سلطانا أو قدرة على انهاء حياتها بعد الشهر الذى صارت به شخصا مستقلا عن شخصه .

(٢) انظر سابقا ، ص ٩٧٧ .

(٣) كانت المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المدنى تبرر ذلك بأنه « ليس يقبل أن يكون انشاء الأوقاف غير خاضع لرقابة الدولة ، وأن تخضع المؤسسات لهذه الرقابة وهى تبتغى من الأغراض ما يبتغى نظام الوقف » ، ( مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٤٢٧ ) .

(٤) انظر فى موقف التشريعات المختلفة وتراوحها بين مبدأ حرية انشاء المؤسسات ومبدأ رقابته :



١٩٥٦ ، اذ نص على أن « للجهة الادارية المختصة الاعتراض على انشاء المؤسسات » ( م ٦٣ ) ، وعلى أنه « يجب ، عند انشاء المؤسسة ، الحصول على اذن كتابي من وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل ، ويرفق هذا الاذن بطلب شهر المؤسسة » ( م ٢٣ من اللائحة التنفيذية لقانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة ) . ولكنه أحسن بتحديد الأسباب المبررة للاعتراض على انشاء المؤسسة ، حتى لا تنقلب سلطة الاعتراض الى سلطة تحكمية من جانب الجهة الادارية ، وحتى يمكن للقضاء الاداري مراقبة قرارات الاعتراض للتأكد من سلامتها ومشروعيتها ، اذ نص على أنه « يجوز لوزارة الشؤون الاجتماعية والعمل أن ترفض الاذن بانشاء المؤسسة ، اذا تبين أنها تسعى الى أغراض لا تدخل في نطاق أوجه النشاط الأكثر حاجة الى الرعاية بالنسبة الى منطقة عملها » ( م ٢٤ من اللائحة التنفيذية ) ، وذلك تفاديا لبعثة الجهود وتخيرا للأصلح والأحوج لكل منطقة .

#### ٣٧٠ - مدى شخصية المؤسسة ونشاطها

(١) **قيود أهلية وجوب المؤسسة :** واضح أن المؤسسة تتقيد أهلية وجوبها بما تتقيد به أهلية وجوب الشخص الاعتباري بوجه عام ، فلا تثبت لها الحقوق والالتزامات الملازمة لصفة الانسان الطبيعية «<sup>١</sup>» ، ويقتصر ما يسند اليها من حقوق والتزامات على المتعلق منها بفرضها المحدد فحسب دون غيره من الأغراض خضوعا لمبدأ التخصص الذي سبقت الإشارة اليه «<sup>٢</sup>» .

وفضلا عن هذه القيود العامة التي تحد من أهلية وجوب المؤسسات

---

= Travaux de la semaine internationale de droit. Paris, 1937, t. III, les fondations.

(١) انظر سابقا ، ص ٩١٣ - ٩١٧ .

(٢) انظر سابقا ، ص ٩١٧ - ٩٢٠ .



والأشخاص الاعتبارية بوجه عام ، خص المشرع المؤسسات كذلك بقيد خاص استحدثه بالقانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ ، من شأنه فرض رقابة إدارية ابتدائية عليها في شأن ما تكتسبه من حقوق عن طريق الهبات والوصايا ، إذ نص على أنه « لا يجوز للمؤسسة قبول الوصايا والهبات إلا بأذن من الجهة الإدارية المختصة » ( م ٦٦ ) ، وذلك لضمان عدم انطواء مثل هذه الوصايا والهبات على شروط متعارضة مع غرض المؤسسة الأصلي أو من شأنها اخراج المؤسسة عن هذا الغرض .

ولكن لا يرد على أهلية وجوب المؤسسات — كما سبق البيان « ١ » — مثل ما يرد على أهلية وجوب الجمعيات من حظر تملك العقارات أو اكتساب حقوق عليها إلا بالقدر الضروري لتحقيق غرضها . فتستطيع المؤسسات إذن أن تملك أو تكتسب حقوقا على عقارات ولو جاوزت في ذلك هذا القدر الضروري .

(٢) **نشاط المؤسسة ورقابته :** إذا كانت أهلية وجوب المؤسسة تتقيد بمبدأ التخصص ، فهي تتقيد به كذلك في شأن نشاطها ككل شخص اعتباري « ٢ » ؛ فيجب عليها التزام حدود غرضها المحدد فيما تقوم به من نشاط ، دون أن تملك الخروج عليه بنشاط يحقق أساسا غرضا أو أغراضا أخرى .

ويتولى نشاط المؤسسة مدير يقوم بإدارتها وتمثيلها فيما لها من حقوق وما عليها من واجبات ( م ٦٤ ) . ويجب على أي حال — كما سبقت الإشارة — أن يتضمن سند المؤسسة تنظيم إدارتها وتعيين مدير لها وكيفية استغلال مواردها والتصرف فيها وطرق المراقبة المالية .

وضمانا لالتزام المؤسسة في نشاطها أحكام القانون وأحكام نظامها وكفالة لحسن إدارتها وتحقيق ما يستهدفه وجودها من غرض ، جعل القانون للإدارة سلطات واختصاصات واسعة في رقابتها وفي تعديل نظامها على

(١) انظر سابقا ، هامش (١) ص ٩٨٠ .

(٢) انظر سابقا ، فقرة ٣٤٧ .



السواء ( م ٦٣ ) «١» .

١ - ففيما يتعلق بالرقابة ، أعطى القانون الجهة الادارة المختصة سلطات رئيسية ثلاث هي :

(١) جهة الادارة المختصة - وهي وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل - سلطة الاعتراض على بعض القرارات بما يؤدي الى وقف تنفيذها . اذ يجب على مديري المؤسسات ابلاغها بالقرارات التي تتخذ في شأن التصديق على الحسابات السنوية ومشروع الميزانية وتقارير المراقبين ومراقب الحسابات ، وفي شأن ترشيح مراقب الحسابات وانتخاب المديرين أو استبدالهم أو فصلهم . ولا تصبح هذه القرارات نافذة الا بعد انقضاء ثلاثين يوما من تاريخ ابلاغها الى الوزارة دون اعتراض عليها ، فاذا اعترضت عليها خلال هذه المدة أوقف تنفيذها ( م ٢٦ من اللائحة التنفيذية ) .

(٢) جهة الادارة المختصة سلطة عزل المديرين الذين ثبت اهمالهم في الادارة ، أو عدم تنفيذ ما فرضه عليهم القانون أو سند المؤسسة ، أو الذين يستعملون أموال المؤسسة فيما لا يتفق مع أغراضها أو قصد منشئها ، أو الذين يرتكبون أي خطأ جسيم آخر ، أو لاعتبارات قومية . وتقوم هذه الجهة بتعيين من يحل محلهم في ادارتها ( م ١/٦٧ ) .

(٣) جهة الادارة المختصة سلطة ابطال تصرفات مدير المؤسسة اذا كانت مخالفة للقانون أو للنظام العام أو كانت مجاوزة حدود اختصاصه المنصوص عليه في نظام المؤسسة . ويجب أن يكون الابطال خلال سنتين من تاريخ التصرف المراد ابطاله ، ودون أن يترتب عليه اضرار بالغير حسنى النية الذين كسبوا حقوقا على أساس هذه التصرفات ( م ٦٨ ) .

---

(١) وذلك على خلاف ما كان يقرره التقنين المدني ( م ٧٦ ) من اعطاء هذه السلطات والاختصاصات للمحكمة بناء على طلب تقدمه جهة الادارة المختصة .



وفي سبيل تمكين الجهة الادارية المختصة من تحقيق رقابتها على هذا الوجه ، أوجب القانون من جهة على مديري المؤسسات موافاة هذه الجهة بميزانية المؤسسة وحسابها السنوى مع المستندات المؤيدة لهما وبأية معلومات أو بيانات أو مستندات أخرى تطلبها هذه الجهة ( م ٦٥ ) ، وأعطى لوزارة الشؤون الاجتماعية — عن طريق مفتشين يندبهم وزيرها — سلطة فحص أعمال المؤسسات وقرارات مديريها والتحقق من مطابقتها للقانون وللسند المنشئ لها ( م ١/٢٥ من اللائحة التنفيذية ) .

وفضلا عما تقدم من سلطات الرقابة في شأن المؤسسات عموما ، فلوزارة الشؤون الاجتماعية والعمل سلطة تعيين ممثل أو أكثر لها في مجالس إدارة المؤسسات التي تنشأ بمال جمع كله أو بعضه من الجمهور ( م ٢/٢٥ من اللائحة التنفيذية ) .

٢ - وفيما يتعلق بتعديل نظام المؤسسة ، أعطى القانون جهة الادارة المختصة سلطة تخفيف أو الغاء كل أو بعض الالتزامات والشروط المقررة في سند انشائها ، اذا كان ذلك لازما للمحافظة على أموال المؤسسة أو لتحقيق الغرض من انشائها ( م ٢/٦٧ ) .

### ٣٧١ - انقضاء المؤسسة

اذا كانت الجمعية أو الشركة تنقضى بالحل الاختيارى والحل الاجبارى على السواء ، فواضح أنه لا يتصور انقضاء المؤسسة الا عن طريق الحل الاجبارى وحده دون الحل الاختيارى لأنها مجرد مجموعة أموال وليست بجماعة أشخاص .

ويقرر القانون أنه يسرى على المؤسسة من حيث حلها حلا اجباريا وتصفيتها « ١ » ما يسرى على الجمعيات من أحكام ( م ٦٩ ) ، ما يعنى أن

---

(١) يخضع القانون المؤسسات كذلك لنفس احكام الجمعيات فيما يتعلق بادماجها وتقسيمها ، وانشاء فروع لها، وتعيين مدير مؤقت لادارتها، وجواز تحويلها الى مؤسسة ذات نفع عام، وحظر انتسابها أو انضمامها الى جمعيات



مثل هذا الحل لا تملكه الإدارة ، بل يجب أن يصدر به حكم قضائي ، وذلك في حالة عجز المؤسسة عن الوفاء بتعهداتها ، أو تخصيص أموالها أو أرباح أموالها لأغراض غير التي أنشئت من أجلها ، أو ارتكابها مخالفة جسيمة لنظامها أو أية مخالفة للقانون أو للنظام العام أو للآداب ( م ٣٦ ) .  
وتجرى التصفية وفق الأحكام المقررة في سند انشاء المؤسسة ، والاوجب على المحكمة التي أصدرت قرار الحل - متى صار نهائيا - أن تعين مؤسسة أخرى يكون غرضها هو الأقرب الى غرض المؤسسة المحلولة بحيث يوجه المتبقى من أموال هذه الأخيرة اليها ( م ٣٩ ) .

---

أو هيئات أو مؤسسات في الخارج أو تسلمها منها أو ارسالها اليها أموالا قبل استئذان الجهة الادارية المختصة ( م ٦٩ ) .  
وكذلك عامل المشرع المؤسسات نفس معاملة الجمعيات فيما يتعلق بالعقوبات الجنائية على ارتكاب الجرائم المحددة في المادتين ٧١ و ٧٢ ، والتي تصيب مرتكبها ، ومدير المؤسسة ( م ٧٣ ) بل وقد تصيب المؤسسة ذاتها بما للمحكمة من حق الحكم باغلاق مقرها أو فروعها لمدة محددة أو غير محددة ( م ٧٤ ) .  
( انظر كذلك سابقا ، ص ٩٨٦ و ٩٨٧ ) .



## الفصل الثاني

### محل الحق

#### ٣٧٢ - تمهيد وتقسيم

إذا كان للحق صاحب ، فله كذلك محل . وفي هذا الصدد ينبغي اجتناب الخلط بين « محل الحق » (l'objet du droit) وبين « مضمون الحق » (le contenu du droit) «<sup>١</sup>» . فمضمون الحق هو السلطات أو المكنات التي يعطيها الحق ويخولها لصاحبه ، بينما محل الحق هو ما يرد أو يقع عليه الحق - بمضمونه هذا - من شيء أو عمل . فمضمون حق الملكية مثلاً هو ما يثبت للمالك من سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف ، بينما يعتبر الشيء الذي تنصب عليه هذه السلطات هو محل هذا الحق .

ومحل الحق - كما سبق البيان - قد يكون شيئاً وقد يكون عملاً . والمثل الرئيسي للحقوق التي محلها أشياء هو الحق العيني الذي يعطى صاحبه سلطة قانونية مباشرة على شيء مادي ، وكذلك فالحق الذهني محل شيء من الأشياء ، وإن كان شيئاً معنوياً غير مادي هو الخلق الذهني أو الفكري . والمثل الرئيسي للحقوق التي محلها أعمال هو الحق الشخصي أو حق الدائنة إذ هو سلطة للدائن في اقتضاء عمل من جانب المدين سواء كان هذا العمل إيجابياً أو سلبياً .

فنقسم الكلام في محل الحق اذن الى مبحثين :

المبحث الأول - في الأشياء .

المبحث الثاني - في الأعمال .

---

(١) في هذا المعنى :

Dabin, op. cit., pp. 168, 169.



## المبحث الأول الأشياء

### ٣٧٢ - مدلول الشيء

المقصود أصلا بالشيء كل ما لا يعد شخصا ، ويكون له كيان مادي مستقل يصلح لتحمل بحقوق الأشخاص «١» ؛ ولذلك كان الرقيق - في الشرائع القديمة التي تنكر شخصيته - معدودا من الأشياء ، وصالحا بهذا الوصف لأن يكون محلا للحقوق «٢» . أما اليوم وقد عمت الشخصية كل أفراد الناس دون استثناء ، فلم يعد أى منهم معدودا من الأشياء ؛ بل ولا تعتبر أشياء كذلك - كما رأينا - أجزاء الجسم الانساني وأعضائه طالما لم تنفصل عنه ، فاذا انفصلت عنه وأصبح لها كيان ذاتي مستقل أمكن حينئذ النظر إليها بوصفها أشياء ومحلا للحقوق «٣» .

ولكن قصر الأشياء محل الحقوق على الأشياء المادية وحدها ليس له ما يبرره رغم أن هذه الأشياء المادية هي الغالبة ، اذ ثم أشياء - كأفكار المؤلفين وآثار الفنانين واختراعات المخترعين - لها من الكيان الذاتي المستقل عن أشخاص مبتكرها ما يجعلها - وهي مجرد أشياء معنوية - صالحة كذلك لأن تكون محلا لحقوق معينة . من أجل ذلك ، لم تلبث فكرة الأشياء كمحل للحقوق أن اتسعت ، وصارت تعبر اليوم عن كل ما له كيان ذاتي منفصل عن الانسان سواء كان هذا الكيان ماديا يدرك بالحوس أو معنويا لا يدرك الا بالتصور . وقد أكد المشرع المصري هذا المعنى بنصه على أن « الحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة » ( م ٨٦ مدني ) .

---

(١) في هذا المعنى :

Mazeaud. Droit civil, t. I, No. 173.

(٢) انظر سابقا، متن وهامش (٣) ص ٧١٢ .

(٣) انظر سابقا ، ص ٥٨٣ .



واذا كان الشيء — ماديا أو معنويا — يصلح على هذا النحو محلا للحق، فقد سبق أن رأينا أنه ليس محلا لكافة أنواع الحقوق وانما هو محل لبعضها دون البعض . فهو يصلح محلا للحقوق القائمة على أساس من روابط التسلط، لأن التسلط لا يتصور منصبا الا على الأشياء ؛ ولذلك يصلح الشيء محلا للحق العيني وللحق الذهني ولبعض حقوق الشخصية كالحق في الاسم ، مع مراعاة أن محل الحق العيني هو الشيء المادى ومحل الحق الذهني والحق في الاسم هو الشيء المعنوى . أما الحقوق التى تقوم على أساس من روابط الاقتضاء ، كحق الدائنية ، فمحلها — كما هو واضح وكما سبق البيان — هو العمل لا الشيء ، حتى ولو كان الغرض من اقتضاء العمل هو الحصول على شيء من الأشياء «<sup>١</sup>» .

#### ٣٧٤ — التمييز بين الشيء والمال

من الشائع الخلط بين « الشيء » و « المال » ، وتسمية الأشياء باسم الأموال . غير أن من الواجب توقي هذا الخلط ، فكل من الاصطلاحين مدلول خاص قائم بذاته ومتميز عن مدلول الآخر . ذلك أن « المال » يقصد به الدلالة على الحق ذى القيمة المالية «<sup>٢</sup>» ، أيا كان نوعه ، وأيا كان محله شيئا أو عملا ؛ وبذلك يعتبر مالا الحق العيني والحق الذهني في وجهه المالى وحق الدائنية . أما « الشيء » ، فيقصد به الدلالة على ما يصلح محلا مباشرا للحقوق التى تخول التسلط أو موضوعا لمحل الحقوق التى تخول الاقتضاء .

وقد بصر المشرع المصرى بهذا التمييز الأساسى بين الشيء والمال ، فأورد فى الفصل الثالث من الباب التمهيدي للتقنين المدنى الجديد تقسيمات للأشياء وأخرى للأموال ، ونص — فى مجال المقابلة بين الأشياء والأموال —

---

(١) انظر سابقا ، هامش (١) ص ٦١١ .

(٢) المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المدنى ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٤٥٧ .



على اعتبار الأولى محلا للثانية «١» .

### ٣٧٥ - الأشياء المعنوية

قلنا انه يستوى فى الشيء الذى يصلح محلا للحق أن يكون له كيان ذاتى ، سواء كان ماديا أو مجرد كيان معنوى تصورى . ومن الأمثلة الظاهرة على الأشياء المعنوية ما سبقت الإشارة اليه عند الكلام فى حق المؤلف من كل ما يعد مصنفا أى ابتكارا فكريا أو خلقا ذهنيا معينا . وكذلك تعتبر أشياء معنوية : الاختراعات القابلة للاستغلال الصناعى والتى يحميها القانون بمنح براءات بها «٢» ، والعلامات والبيانات والأسماء والعناوين التجارية «٣» ، وتعتبر كلها محلا للحقوق المتعلقة بالعملاء . وكذلك تعتبر أسماء الأشخاص الطبيعيين أشياء معنوية ، وتصلح محلا لحق من حقوق الشخصية هو حق الاسم .

ومن الأشياء المعنوية كذلك بعض مجموعات الأشياء التى ينظر اليها فى التصور ككتلة ذاتية مستقلة فى مجموعها عن مفردات العناصر المكونة لها . ومثلها البارز اليوم « المحل التجارى » ( le fonds de commerce ) ، الذى ينظر اليه فى مجموعه كشيء معنوى مجرد له كيانه الذاتى المستقل عن

---

(١) اذ تنص المادة ١/٨١ من التقنين المدنى على أن « كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون ، يصح أن يكون محلا للحقوق المالية » . ولكن يؤخذ على هذا النص انه يشعر بأن الشيء يصلح محلا لكافة الحقوق المالية ، بينما هو يصلح محلا للبعض منها فحسب دون البعض الآخر كما سبق البيان ( انظر كذلك فى هذا المعنى : اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ١٩٥٨ ، ص ٧٨ ) . وكتابتنا فى الحقوق العينية الأصلية ، فقرة ١٨ ، ص ٥٧ . ويشعر هذا النص كذلك بأن الشيء لا يصلح محلا الا للحق المالى وحده ، واذا كان هذا هو الغالب والأساسى ، فليس بقاعدة مطلقة مطردة ، على الأقل فى شأن الأشياء المعنوية التى يبدو أن هذا النص لم يكن يواجهها ، اذ من هذه الأشياء ما يصلح محلا لحق غير مالى كالاسم ، ومنها ما يصلح فى نفس الوقت محلا لحق مالى وحق غير مالى كالانتاج الفكرى عموما أو المصنف الذى يصلح - كما رأينا - محلا لحق المؤلف المالى ولحقه المعنوى على السواء .

(٢) انظر : مصطفى طه ، المرجع السابق ، فقرات ٨٦٨ - ٩١٨ .

(٣) انظر : مصطفى طه ، المرجع السابق ، فقرات ٩٣٥ - ١٠١٤ .



العناصر المكونة له ، سواء كانت مادية كالبضائع والمهمات ، أو معنوية كالسمعة التجارية والاتصال بالعملاء والاسم التجارى والعنوان التجارى والحق فى الاجارة والرخص والاجازات وبراءات الاختراع وحق المؤلف «١» . والنظرة الى المحل التجارى كمجموع مستقل عن عناصره مرده تخصيص هذه العناصر بغرض مشترك معين وتجمعها حول تحقيق هذا الغرض ؛ وهو ما يؤدى الى اخضاع المحل التجارى كمجموع معنوى لنظام قانونى مستقل ومختلف عن النظام القانونى الذى يخضع له كل عنصر من عناصره على حدة «٢» ، والى اعتباره فى مجموعه كذلك محلا لتصرفات قانونية كالبيع والرهن «٣» والايجار .

#### ٣٧٦ - الأشياء المادية ، مقوماتها وتقسيماتها

قلنا ان الشئ المادى هو محل الحق العينى . ولكن ليست كل الأشياء المادية محلا صالحا للحق العينى ، بل ينبغى - لصلاحيتها لذلك - أن تكون غير خارجة عن دائرة التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون ؛ وهذا ما ينص عليه المشرع بقوله « ١ - كل شئ غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية . ٢ - والأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها هى التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، وأما الخارجة بحكم القانون فهى التى لا يجوز للقانون أن تكون محلا للحقوق المالية » ( م ٨١ مدنى ) .

ومن ذلك يتبين أنه يشترط أساسا - للصلاحية محلا للحق العينى - أن تكون الأشياء المادية قابلة للحيازة والاحراز على سبيل الاستئثار والانتزاع . أما الأشياء التى لا تقبل الاستئثار بحيازتها - كالمياه فى البحار ، وأشعة

- 
- (١) انظر فى تفصيل عناصر المحل التجارى : مصطفى طه ، المرجع السابق ، فقرات ٧٦٢ وما بعدها .  
(٢) مصطفى طه ، المرجع السابق ، فقرة ٧٦٢ ، ص ٧٥٤ .  
(٣) انظر القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها .



الشمس وضوء القمر في السكون ، والهواء في الجو — فتعتبر ، رغم ماديتها ، خارجة عن التعامل بطبيعتها ولا تصلح محلاً للحق العيني . غير أن هذه الأشياء ، اذا انفصلت أجزاء منها عن أصلها ومحل وجودها وأمكن بذلك احرازها وحيازتها ، تصبح قابلة لأن تكون محلاً للحق العيني ، مثل كمية من الهواء تضغط في وعاء أو كمية من ماء البحر تحجز في اناء .

وقد تكون الأشياء المادية قابلة بحسب طبيعتها للحيازة والاحراز على سبيل الاستثارة والانفراد ، ومع ذلك لا تصلح محلاً للحق العيني ، اذا اعتبرها القانون حكماً غير قابلة للاحراز بتحريمه حيازتها والتعامل فيها كالمخدرات بأنواعها «<sup>١</sup>» .

وتقسم الأشياء المادية تقسيمات عدة ، عرض التقنين المدني لأهمها ، فأبرز في طبيعتها التقسيم الرئيسي الى عقارات ومنقولات ، ثم عرض لتقسيمين آخرين للأشياء الى قابلة وغير قابلة للاستهلاك والى مثلية وقيمة «<sup>٢</sup>» .

---

(١) ولا يغير من ذلك اجازة التعامل استثناء في هذه الاشياء كاجازة بيع المخدرات لأغراض طبية ( المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدني ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٤٦٠ ) .

ويذهب بعض الفقهاء الى أن الأشياء العامة التى للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة والمخصصة لمنفعة عامة — وهى التى تسمى « الأموال العامة » تجوزاً (م ٨٧ مدنى) — تعتبر خارجة عن التعامل بحكم القانون فلا تصلح بالتالى محلاً للحق العيني ، لامتناع التصرف فيها وحجزها وتملكها بالتقادم . ولكن هذا القول غير دقيق ، فهذه الأشياء ، من ناحية ، محل لحق ملكية الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، كل ما هنالك أنها ملكية يحكمها مبدأ التخصيص للمنفعة العامة ، وهذا ما يبرر كل القيود التى ترد على هذه الملكية بقصد كفالة هذا التخصيص . وهى ، من ناحية أخرى ، قد تكون محلاً لبعض الحقوق الأخرى ، كحقوق الارتفاق ، حيث لا يتعارض تقريرها مع تخصيص هذه الأشياء للمنفعة العامة ( م ١٠١٥ / ٢ مدنى ) .

( انظر فى تفصيل ذلك كتابنا فى الحقوق العينية الأصلية ، ص ٥٩ —

٦١ ) .

(٢) تنصرف هذه التقسيمات فى الأصل الى الأشياء المادية وحدها . غير أن المشرع يخرج أحياناً على ذلك فيخضع الأشياء المعنوية لبعض هذه التقسيمات ، وخاصة حين يعتبر كل الأشياء المعنوية من المنقولات كما سنرى .



فنبحث فيما يلي بإيجاز «١» كل تقسيم منها في مطلب على حدة .

## المطلب الأول

### العقارات والمنقولات

#### ٣٧٧ - أساس التقسيم «٢»

تقسم الأشياء من حيث ثباتها أو عدم ثباتها الى عقارات ومنقولات .  
وقد نصت على هذا التقسيم المادة ١/٨٢ من التقنين المدني بقولها « كل شيء مستقر بحيزة ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول » .

وهذا التقسيم على هذا النحو تقسيم طبيعي يصدر عن اختلاف الطبيعة المادية للأشياء وثبات البعض منها واستقراره في مكانه وتحرك البعض الآخر أو قابليته للحركة ، مما يسوغ اختلاف القواعد والنظم التي تحكم النوعين من الأشياء .

وهذا الأساس الطبيعي هو الذي ينبغي اتخاذه أساسا وحيدا للتقسيم .  
ومع ذلك ، فقد كان هذا الأساس الطبيعي متواريا في القرون الوسطى — بالنظر الى أهمية الأرض حينئذ واعتبارها عنوانا للثروة والقوة الاقتصادية — وراء أساس اقتصادي بحث ، فقامت التفرقة بين العقارات والمنقولات باعتبار ما تمثله من قيمة اقتصادية كبيرة أو تافهة لا باعتبار ما تمثله من ثبات أو حركة . وبذلك غدت النظرة الأساسية الى العقارات حينئذ باعتبارها الأشياء ذات القيمة لا الأشياء الثابتة ، والى المنقولات باعتبارها الأشياء الحقةرة التافهة

(١) أما تفصيل هذه التقسيمات فمجاله عند دراسة الحقوق العينية، اذ هي تقسيمات للأشياء المادية باعتبارها محلا للحق العيني . وهذا ما جرينا عليه عند دراسة الحقوق العينية الأصلية، اذ عرضنا بالتفصيل لهذه التقسيمات ( راجع في ذلك كتابنا سالف الذكر ، فقرات ٢١ - ٣٩ ، ص ٦٦ - ١١٨ ) .

(٢) انظر في أصل التفرقة بين العقارات والمنقولات وتاريخها :

Josserand, op. cit., t. I, No. 1341. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, Nos. 88 - 90. — Planiol, Ripert et Picard, op., cit., t. III, No. 64. — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 176 - 179. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 309 - 310.

حسن كيره ، الحقوق العينية الأصلية ، فقرة ٢٢ .



القيمة لا الأشياء غير الثابتة ، وأحيطت العقارات بالتالى — دون المنقولات — بسياج من القواعد والقيود والنظم التى تتفق مع أهميتها الاقتصادية ومع ضرورة حصرها لذلك فى يد الطبقات العليا التى كانت تستحوذ عليها .

غير أن تطور الحياة الاقتصادية وازدياد قيمة كثير من المنقولات غير الثابتة ، لم يلبث أن حمل القوانين الحديثة على العدول عن هذا الأساس الاقتصادى المصطنع والرجوع الى التقسيم الطبيعى المنطقى الذى كان يعرفه الرومان للتفرقة بين العقارات والمنقولات بحسب ثباتها أو حركتها ؛ ولكنها لم تفلح فى التخلص تماما من كل أثر للتفرقة الاقتصادية المنتقدة ، فما زالت تبقى على بعض هذه الآثار الى اليوم رغم زوال أساسها .

#### ٣٧٨ — أهمية التقسيم

إذا كان تقسيم الأشياء الى عقارات ومنقولات أمرا واجبا ومنطقيا على أساس اختلافها الطبيعى من حيث الثبات والحركة ، فإن هذا الاختلاف الطبيعى لا بد مستتبع حتما اختلافا فى النظم والقواعد التى تحكم كلا منها . هذا فضلا عما لا يزال متبقيا من ذيول الاختلاف الاقتصادى القديم بينها ، رغم عدول القوانين الحديثة اليوم عن اتخاذ هذا الاختلاف أساسا لهذا التقسيم . فنعرض فيما يلى بإيجاز للآثار المختلفة المترتبة على هذا التقسيم ، سواء منها المبنى على الأساس الطبيعى ، أو المعتبر من ذيول الأساس الاقتصادى .

١ — كان من الحتم ، أمام ثبات العقارات واستقرارها ، ضرورة إخضاع التصرفات القانونية التى من شأنها إنشاء أو نقل أو زوال حقوق عينية عليها لأجراءات شهر معينة، من تسجيل إذا كانت خاصة بحقوق عينية أصلية أو قيد إذا كانت خاصة بحقوق عينية تبعية ( م ٩ و ١٢ من قانون الشهر العقارى ) . أما مثل هذه التصرفات الواردة على منقولات ، فمن العسير تصور إخضاعها لنظم شهر مماثلة أمام طبيعة المنقولات المتحركة غير المستقرة وسرعة تداولها بين الأيدي .

٢ — ما دامت لا توجد إجراءات معينة تجعل تقرير الحقوق العينية على المنقولات أمرا مشهرا معلوما للكافة كما هى الحال فى العقارات ،



ونظرا لسرعة تداول المنقولات في الأيدي سرعة فائقة ، لم يكن بد من اعتبار الحيازة في المنقول سندا للحائز فيما يدعيه من حق عليه وقرينة على توافر السبب الصحيح لحيازته . بينما الأمر يختلف عن ذلك في العقارات نظرا لامكان التثبت من الحقوق العينية المقررة عليها بالكشف عن ذلك في دفاتر التسجيل أو القيد ، ولذلك لا يكون لحيازة العقار من الأثر القانوني ما لحيازة المنقول ، بل يقع على الحائز دائما عبء اثبات السبب الصحيح لهذه الحيازة حتى يثبت حقه بمدة التقادم القصيرة وهي خمس سنين ، والا لم يثبت له هذا الحق الا بالمدة الطويلة وهي خمس عشرة سنة .

٣ - اذا كان الحق العيني يخول صاحبه سلطة أو حق تتبع الشيء في أى يد يوجد ، الا أن ذلك ليس بالمبدأ المطلق ، اذ يختلف الأمر في شأنه باختلاف طبيعة هذا الشيء وهل هو عقار أو منقول . فالمبدأ مطلق فيما يتعلق بالعقار . ولكنه معطل كقاعدة عامة في المنقول حيث تعتبر الحيازة فيه سندا للحائز يتمكن بمقتضاه من دفع كل تعرض له من قبل الغير .

وامتناع تتبع المنقولات دون العقارات يسمح بترتيب حقوق عينية تبعية على العقارات يستغنى فيها عن حيازتها اكتفاء بإمكان تتبعها ، كما هو الشأن في الرهن الرسمى وحق الاختصاص . بينما يحتاج الأمر عادة في ترتيب حقوق عينية تبعية على المنقولات الى حيازة أصحاب هذه الحقوق لها خوفا من سهولة تهريبها واستحالة تتبعها من بعد تحت يد الحائز ، وهو ما يتضح في صورة الرهن الحيازي .

٤ - ما دام العقار ثابتا ومستقرا في مكان معين ، فيكون طبيعيا أن يتحدد الاختصاص المحلى في الدعاوى العينية العقارية خاصة على أساس هذا المكان فتكون المحكمة المختصة في شأنها أصلا هي المحكمة الواقع في دائرتها العقار ( م ١/٥٦ مرافعات ) . بينما المنقول يكون من العسير تحديد محله نظرا لحركته وكثرة تداوله بين الأيدي ، مما يستعصى معه اناطة الاختصاص المحلى في الدعاوى المنقولة بهذا المحل ، ولذلك يجعل الاختصاص في شأنها للمحكمة الواقع في دائرتها موطن المدعى عليه ( م ٥٥ مرافعات ) .



٥ - يفرق قانون المرافعات بين اجراءات الحجز على المنقول واجراءات التنفيذ على العقار ، فيجعل الأولى أكثر سرعة وأقل تعقيدا من الثانية . وليس لهذه التفرقة من معنى الا على أنها بعض ذيول الأساس الاقتصادي المنتقد للتفرقة بين العقارات والمنقولات .

٦ - يقيد القانون أهلية الجمعيات - كما سبق البيان « ١ » - في اكتساب الحقوق الواقعة على عقارات بالقدر الضروري لتحقيق الغرض الذي أنشئت هذه الجمعيات من أجله ، ولا يورد عليها مثل هذا القيد في الحقوق الواقعة على منقولات . ومثل هذا الحكم بعض صدى النظرة الاقتصادية الى العقارات باعتبارها أرفع قيمة من المنقولات .

٧ - لا ترفع دعوى تكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل ، بسبب وجود غبن في البيع يزيد على الخمس ، الا اذا كان المبيع عقارا مملوكا لشخص لا تتوافر فيه الأهلية ( م ٤٢٥ مدنى ) ، فلا ترفع عن غبن يزيد على الخمس في بيع منقول مملوك له . وهذا الحكم كذلك بعض بقايا التفرقة التقليدية الاقتصادية البالية بين العقار والمنقول .

٨ - عند تصفية الشركة ، يجب على المصطفى أن يقوم بوفاء ديونها من ثمن ما فيها من منقولات ، ولا يلجأ الى بيع ما فيها من عقارات للقيام بهذا الوفاء الا عند عدم كفاية ثمن المنقولات ( م ٨٩٣ مدنى ) . وهذا من بقايا النظرة الاقتصادية القديمة الى قلة قيمة المنقولات ، مما يسوغ البدء ببيعها .

### § ١ - العقارات Les Immeubles

#### ٣٧٩ - الأصل والاستثناء

يقصد بالعقارات الأشياء ذات الأصل الثابت المتمتعة على النقل منه دون تلف ، فهي اذن أشياء ثابتة أو عقارات بالطبيعة . غير أن المشرع قد اعتبر بعض المنقولات عقارات استثناء من طبيعتها وذلك اذا خصصت لخدمة



عقار أو استغلاله ، فتعتبر حينئذ عقارات بالتخصيص لا بالطبيعة . فنعرض فيما يلي لهذين النوعين من العقارات •

### ٣٨٠ - العقارات بالطبيعة

تعتبر عقارات بالطبيعة الأشياء ذات المستقر الثابت الذى لا يمكن نقلها منه دون تلف ( م ١/٨٢ مدنى ) «١» • وفى مقدمة هذه العقارات الأراضى ، سواء كانت معدة للزراعة أم للبناء • وكذلك ما يكون فى جوفها من مناجم ومحاجر • وما يثبت على سطحها من نباتات أو مزروعات أو أشجار تكون جذورها ممتدة فيها ؛ أما النباتات التى توضع فى أوعية فلا تعتبر عقارات ، حتى ولو كانت هذه الأوعية مدفونة أو مغروسة فى الأرض • وكذلك يعتبر عقارات بالطبيعة ما يقام على الأرض أو فى جوفها من أبنية ثابتة مستقرة «٢» ، حتى ولو كانت مملوكة لغير مالك الأرض ، أو كانت مؤقتة البقاء «٣» ، ما دام لا يمكن نقلها دون تلف يصيبها ؛ أما المباني التى لا تكون مثبتة فى الأرض ، بل يمكن رفعها ونقلها دون تلف فهى منقولات ، كخيام البدو ومخيمات الجواله والكشافة والأكشاك الخشبية غير المثبتة فى الأرض •

وما دامت الصفة العقارية للأشياء مناطها ثبات الأشياء واستقرارها فى الأرض ، فمقتضى ذلك فقدانها هذه الصفة واعتبارها من المنقولات اذا

---

(١) انظر فى اختلاف القاتون الوضعى المصرى فى تحديده للعقار عن السائد فى الشريعة الاسلامية وخاصة عند فقهاء الحنفية ، كتابنا سالف الذكر هامش (١) ، ص ٧٣ •

(٢) انظر فى الخلاف حول وصف وتكييف الأجزاء اللازمة والمتمة للأبنية : — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV No. 104. — Planiol, Ripert et Picard, op. cit., t. III, No. 88.

شفيق شحاته، النظرية العامة للحق العيني، ١٩٥١، فقرات ٤٤ و ٤٦ • — محمد على عرفه ، شرح انقانون المدنى الجديد فى حق الملكية ، ج ١ ، الطبعة الثالثة، ١٩٥٤، فقرة ٤٧ • — حسن كبره، المرجع السابق ، ص ٧٤ و ٧٥ •

(٣) نقض ٣١ يناير سنة ١٩٤٦، مجموعة عمر، ج ٥، رقم ٣٦ ص ٩٣ •



فصلت عن الأرض وأصبح لها كيان مستقل غير ثابت، كأقراض البناء المهدوم والمعادن المستخرجة من الأرض والأحجار المقتطعة منها والنباتات والمزروعات المجنية .

### ٣٨١ - العقارات بالتخصيص (١)

(١) أساس فكرة العقار بالتخصيص : اذا كانت القاعدة أن العقار هو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه بحيث لا يمكن نقله منه دون تلف (م ١/٨٢ مدني) ، الا أن ثم استثناء هاماً يرد على هذه القاعدة ، مؤداه مخالفة طبيعة الأشياء واعطاء صفة العقار لبعض المنقولات نظراً لكونها مرصودة على خدمة عقار أو استغلاله ومخصصة لذلك ، فتعتبر - رغم طبيعتها المنقولة - عقارات بحكم القانون أو بالتخصيص . وقد نصت على ذلك المادة ٢/٨٢ من التقنين المدني بقولها « ومع ذلك ، يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله » .

وواضح أن فكرة العقار بالتخصيص (immeuble par destination) هي مجرد افتراض أو حيلة قانونية «<sup>٢</sup>» يقيمها المشرع للتوصل الى ترتيب

(١) راجع في ذلك خاصة :

Planioi, Ripert et Picard, op. cit., t. III, Nos. 75 - 88. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, Nos. 110 - 124. — De Page, Traité de droit civil Belge, t. V, Nos. 644 - 677.

محمد كامل مرسى، شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الأصلية، ج ١، ١٩٤٩، فقرات ٤٤ - ٧٤ . — شفيق شحاته، المرجع السابق، فقرات ٤٥ - ٥٢ . — محمد علي عرفه، المرجع السابق، ج ١، فقرات ٥٢ - ٧٨ . — حسن كيره، المرجع السابق، فقرات ٢٦ - ٢٩، ص ٧٦ - ٩٩ .

(٢) انظر في انتقاد تأسيس فكرة العقار بالتخصيص على الافتراض : ومحاولة تأسيسها - وهوما تأخذه بعض القوانين الحديثة - على فكرة اتبعية :

Josserand, op. cit., t. I, No. 1352. — Planioi, Ripert et Picard, op. cit., t. III, No. 77. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No 315.

شفيق شحاته، المرجع السابق، فكرة ٤٥ . — عبد الحى ججازى، المرجع السابق، هامش (١) ص ٢٠١ . — محمد سامى مذكور، ص ١٨٨ و ١٩٣ و ١٩٤ . — اسماعيل غانم، المرجع السابق، ١٩٥٨، ص ١٠٢ . وانظر فى مناقشة فكرة التبعية : كتابنا سالف الذكر، ص ٧٧ و ٧٨ .



أحكام العقار على ما يتبعه من منقولات مرصودة على خدمته أو استغلاله كفاالة لاستمرار هذه الخدمة وذلك الاستغلال ، ومنعا لما قد يجره الإبقاء على طبيعتها المنقولة وخضوعها بالتالى لنظم مخالفة للنظم التى يخضع لها العقار الذى تتبعه من امكان فصلها عنه وتعطيل ما ترصد عليه من خدمته أو استغلاله . فعن طريق اعطاء هذه المنقولات الصفة العقارية حكما وافترضا ، يمكن توحيد النظم والقواعد القانونية التى تحكمها هى والعقار المخصصة لخدمته أو استغلاله ، وربط مصيرها بالتالى بمصيره .

(٢) **ثبوت صفة العقار بالتخصيص :** يشترط لثبوت صفة العقار بالتخصيص أن يتحقق أولا تخصيص بعض المنقولات لخدمة عقار أو استغلاله ، وأن تكون هذه المنقولات ثانيا مملوكة لنفس مالك العقار بحيث يصدر تخصيصها منه ( م ٨٢ / ٢ ) . فنعرض فيما يلى لكل من هذين الشرطين :

#### ١ - تخصيص منقولات بطبيعتها لخدمة أو استغلال عقار بطبيعته :

نبغى لاعتبار المنقولات عقارات بالتخصيص أن تكون منقولات بطبيعتها وترصد على خدمة عقار بطبيعته أو استغلاله . وليس بشرط أن يكون تخصيص المنقولات لخدمة أو استغلال العقار تخصيصا مؤبدا أو دائما «١» ، بل يكفي أن يكون ملحوظا فيه صفة الثبات والاستمرار . ويشترط فى التخصيص أن يكون عينيا لا شخصيا ، أى لخدمة أو استغلال عقار لا لخدمة مالكه «٢» ، فالدابة المعدة لركوب صاحب الأرض لا تعتبر عقارا

---

(١) فى هذا المعنى :

Planiol, Ripert et Picard, t. III op. cit., No. 84. — De Page, op. cit., t. V, No. 670. — Gulphe, thèse précitée, No. 70.

حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٨٠ و ٨١ .

(٢)

Planiol, Ripert et Picard, ibid. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 115. — Gulphe, thèse précitée, No. 72.

شفيق شحاته ، المرجع فقرة ٤٧ ، ص ٦٤ . — اسماعيل غاتم ، المرجع السابق ، ١٩٥٨ ، ص ١٠٥ و ١٠٦ .



بالتخصيص، بخلاف الماشية المخصصة لاستغلال الأرض نفسها. ولا يشترط في التخصيص أن يكون بالقدر الضروري لخدمة العقار أو استغلاله «<sup>١</sup>»، فيبدو أنه يكفي مجرد نفعه وفائدته. ويستوى بعد ذلك أن يكون التخصيص لخدمة عقار أو لاستغلاله.

فتعتبر عقارات بالتخصيص للخدمة : ما يوضع في دور العبادة لخدمتها من سجاجيد ومقاعد وتماثيل وكتب مقدسة ، وما يوضع في المدارس ودور التعليم لخدمتها من مقاعد ومناضد وسبورات وكتب وأدوات وأجهزة معامل ، وما يوضع في المستشفيات ودور العلاج لخدمتها من أسرة ومقاعد وأجهزة وأدوات طبية مختلفة وعقاقير .

وتعتبر عقارات بالتخصيص للاستغلال ، ما يرصد على استغلال الأرض زراعيا من آلات مختلفة وأسمدة وبذور وحيوانات أو ماشية ، وما يرصد على استغلال المصانع من عربات وسيارات مخصصة لنقل المواد الأولية أو المواد المصنوعة ، وما يوضع في المسارح ودور السينما لاستغلالها تجاريا من أثاث ومقاعد غير مثبتة وستائر ومناظر وآلات وملابس ، وما يوضع في الفنادق من أثاث ومفروشات ، وما يوجد في المحال التجارية من رفوف وخزائن ومقاعد وما يتبعها من عربات لنقل البضائع .

**٢ - وحدة مالك العقار والمنقولات ، وصدور تخصيصها منه :** اذا تحقق تخصيص منقولات لخدمة عقار أو استغلاله ، فلا يكفي ذلك لاثبات صفة العقار بالتخصيص لهذه المنقولات ، بل يجب الى جوار ذلك أن تكون هذه المنقولات مملوكة لنفس مالك العقار بحيث يصدر تخصيصها منه ، والمادة

---

(١) في هذا المعنى :

المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٤٦٧ . - شفيق شحانه ، المرجع السابق ، فقرة ٤٧ ، ص ٦٥ . - حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٨٢ و ٨٣ .

De Page, op. cit., t. V, No. 671.

ولمكن السائل في القانون الفرنسي عكس ذلك ، انظر :

Planiol, Ripert et Picard, ibid. — Gulphe, thèse précitée, No. 75.



٢/٨٢ من التقنين المدني صريحة في اشتراط ذلك. وهذا الاشتراط طبيعي ، لأن مشكلة الحاق بعض المنقولات بالعقار وربط مصيرها بمصيره واخضاعها لنفس نظامه وقواعده ، لا تثور الا حيث توجد وحدة أو مجموعة متماسكة يراد المحافظة على كيانها من التفكك أو التفتت ، وهو ما يفترض وقوع عناصر هذه المجموعة - أي العقار والمنقولات المرصودة على خدمته أو استغلاله - في ملك شخص واحد «<sup>١</sup>» ، حتى لا يتأتى فصل هذه العناصر بعضها عن بعض رغم ارادة المالك ، اذ لو كان مالك المنقولات غير مالك العقار لكان هذا الفصل متوقعا وطبيعيا .

وعلى ذلك ، فلا تعتبر عقارات بالتخصيص المنقولات المملوكة لمستأجر عقار أو صاحب حق انتفاع عليه رغم رصدها من جانبه على خدمته أو استغلاله ، ولا المنقولات التي يستأجرها أو يستعيرها مالك عقار ويرصدها على خدمته أو استغلاله ، أو حتى يشتريها ولكن بعقد معلق نقل الملكية على الوفاء بكامل الثمن اذا قام برصدها على هذه الخدمة أو الاستغلال من قبل تمام هذا الوفاء .

واذا كان مشروطا وحدة مالك العقار والمنقولات المخصصة لخدمته أو استغلاله ، فليس مقتضى ذلك استلزام أن يكون مالك المنقولات مالكا للعقار ملكية مفرزة خالصة له وحده ، بل يعتبر شرط وحدة المالك متحققا وصفة العقار بالتخصيص ثابتة للمنقولات المملوكة مفرزة لأحد الشركاء المشتاعين في ملكية عقار اذا قام برصدها على خدمة أو استغلال هذا العقار

---

(١) في هذا المعنى :

Planiol, Ripert et Picard, op. cit., t. III, No. 80. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV No 114. — De Page, op. cit., t. V No. 645 — Gulfe, thèse précitée, No. 62. p. 144.

حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٨٨ .



الشائع «١» •

ولا يكفي تحقق وحدة مالك العقار والمنقولات المخصصة لخدمته أو استغلاله، بل ينبغي أن يصدر هذا التخصيص من نفس المالك أو من نائبه الذي يعمل لحسابه. ولذلك لا تعتبر عقارات بالتخصيص الأدوات الزراعية أو الماشية المخصصة لاستغلال الأرض، حتى ولو كانت مملوكة لصاحب الأرض، إذا كان الحاقها بالأرض وتخصيصها لاستغلالها آتيا من غير المالك، كما لو قام بذلك المستأجر أو المنتفع أو الدائن المرتهن رهن حيازة، إلا إذا كان نائبا في ذلك عن المالك •

(٢) **حكم العقار بالتخصيص:** إذا توافر الشرطان السابقان: شرط التخصيص وشرط وحدة المالك، فإن المنقول المرصود على خدمة أو استغلال عقار يعامل معاملة العقار، فيسوى بذلك في الحكم بالعقار الذي رصد على خدمته أو استغلاله، وهو ما تتحقق به الوحدة اللازمة بينهما في المصير والحكم استجابة لما يقوم بينهما من وحدة واقعية مردها الى التخصيص «٢» • وعلى هذا النحو، لا يجوز الحجز على العقارات بالتخصيص حجز.

(١) في هذا المعنى:

Planiol, Ripert et Picard, op. cit., t. III, No. 80.

محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ج ١، فقرة ٥٠. — شفيق شحاته  
المرجع السابق، فقرة ٤٦، ص ٦٣. — محمد على عرفه، المرجع السابق،  
ج ١، فقرة ٥٨.

وانظر مع ذلك حكما عكسيا لمحكمة النقض المصرية في ١٠ فبراير سنة ١٩٥٥، مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض، س ٦، رقم ٨٤ ص ٦٣٩. —  
ولكن انظر في انتقاده: اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول: حق الملكية، ١٩٥٨ هامش (١) ص ١٧٠. — حسن كبره، المرجع السابق، هامش (١) ص ٨٩ و ٩٠.

(٢) ولكن إذا كانت المنقولات المرصودة على خدمة عقار أو استغلاله تأخذ حكم هذا العقار وتتبعه في مصيره، إلا أن ذلك لا ينفي أن هذه المنقولات تنزل محتفظة بذاتيتها وفرديتها — على عكس المنقولات التي تثبت في عقار لثبوتها ماديا وتندمج فيه نهائيا بحيث تفقد ذاتيتها وتصبح عقارات بالطبيعة وهو ما يبرر في أحوال خاصة الخروج على المبدأ العام القاضى بمعاملتها معاملة



المنقول ، ولا التنفيذ عليها منقصلة عن العقار المرصودة على خدمته أو استغلاله . ويشمل بيع العقار ورهنه والوصية به — دون حاجة الى نص أو شرط خاص — ما يلحقه من عقارات بالتخصيص مرصودة على خدمته أو استغلاله ، الا أن ينص على خلاف ذلك .

(٤) **زوال صفة العقار بالتخصيص (١):** اذا كانت ارادة المالك تملك في حدود القانون اعطاء بعض المنقولات وصف العقار بالتخصيص ، فيكون من المنطق تعليق زوال هذا الوصف عنها على ارادة من المالك بذلك تستعلن استعلانا ظاهرا وكافيا يكون معلوما للغير ، بما يفيد الغاء التخصيص القائم أو فصم وحدة ملكية العقار الأصلي والعقارات بالتخصيص المرصودة على خدمته أو استغلاله ويؤدي الى الفصل الفعلي المادي بينهما، سواء كان ذلك بعمل مادي أو تصرف قانوني . فتعود للعقارات بالتخصيص اذن صفة المنقول بقيام المالك بنقلها من العقار الأصلي بقصد فصلها عنه وقطع رابطة التخصيص بينهما واستخدامها في أغراض أخرى ، أو بقيامه ببيعها على حدة أو بيع العقار الأصلي واحتفاظه بها .

---

العقارات من كل الوجوه وفي مواجهة الجميع . ولذلك لا يفقد بائع المنقولات امتيازها على المنقول المبيع، بوصفه امتيازاً على منقول، بقيام المشتري برصده على خدمة أو استغلال عقاره واعطائه بذلك طبقاً للأصل وصف العقار بالتخصيص، ولكن بقاء هذا الامتياز قائماً يرتن بعدم الاخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية على المنقول المبيع (م ١١٤٥ / ١ مدني) ( انظر في ذلك وفيما يشير هذا الوضع من تزاخم بين أصحاب الحقوق المختلفة : عبد الفتاح عبد الباقي ، التأمينات الشخصية والعينية ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٤ ، فقرات ٢٢٩ و ٦٢٤ محمد علي عرفه ، المرجع السابق، فقرة ٥٦ . — شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني الجديد ، الجزء الأول في النظم القانونية للتأمينات العينية ، ١٩٥٦ ، فقرة ٨٩ . — حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٩٢ . — ( ٩٥ )

(١) راجع في تفصيل ذلك :

حسن كيره ، المرجع السابق ، فقرة ٢٩ ، ص ٩٥-٩٩ .



## § ٢ — المنقولات

### Les Meubles

#### ٣٨٢ — الأصل والاستثناءات

بعد أن عرف المشرع العقار بأنه كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله دون تلف ، ترك تعريف المنقول يستنبط عن طريق الاستبعاد ، وذلك بقوله « وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول » ( م ١/٨٢ مدني ) . وعلى هذا النحو ، فكل شيء لا تتوافر له صفة العقار — أي صفة الاستقرار وانثبات في حيزه — يعتبر منقولا بالطبيعة . غير أن ثم استثناءات ترد على هذا الأصل ، اذ تعتبر بعض الأشياء — خلافا لطبيعتها — منقولات بحكم القانون ، هي المنقولات بالمآل والمنقولات المعنوية .

#### ٣٨٣ — المنقولات بالطبيعة

يقصد بالمنقولات بالطبيعة الأشياء المادية غير الثابتة ، القابلة للنقل من مكان الى آخر دون تلف «<sup>(١)</sup>» . ومن أمثلتها الحيوانات ، والسيارات ، والسفن ، والطائرات «<sup>(٢)</sup>» ، وأثاث المنازل ، والكتب ، والبضائع ، والمأكولات ، والمشروبات .

#### ٣٨٤ — المنقولات بالمآل «<sup>(٣)</sup>»

يقصد بالمنقولات بالمآل أشياء هي بحسب طبيعتها من العقارات ، ولكنها تأخذ حكما وافترضا وصف المنقولات باعتبار أنها ستصير كذلك

---

(١) ليس الانتقال الفعلي شرطا لاعتبارها من المنقولات ، وإنما يكفي مجرد قابليتها للحركة والنقل من مكانها دون تلف ولو لم تنقل منه بأن كانت معدة للبقاء في مكان معين ، كالعائمات الراسية على ضفاف الأنهار .

(٢) اذا كانت السفن والطائرات تخضع لنظام خاص متميز عن النظام الذي تخضع له المنقولات بصفة عامة لخضوعها لنظام شهر معين وامكان تتبعها مما يكاد يقربها من العقارات من هذه الوجوه ، الا أن ذلك لا يغير من شيء من طبيعتها المنقولة .

(٣) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Fréjaville, Des meubles par anticipation, thèse, Paris, 1927.  
— Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, Nos. 108 - 109. — Planiol,



في القريب « ١ » • ومثل هذا الافتراض القانوني انما تبرره الغاية منه • ذلك أن بعض العقارات بطبيعتها تكون معدة — اما بحسب طبيعتها واما بارادة الأفراد — لكي تصير منقولات بالطبيعة في القريب ، فيكون من النافع استباق هذا المآل القريب دون التريص بحلوله واخضاعها لحكم المنقول لا لحكم العقار ، تيسيرا في الاجراءات وتخفيفا من القيود فيما قد يرد عليها من تصرفات أو حجوز •

ومن أمثلة هذه المنقولات بالمآل : الأشجار المعدة للقطع، والمباني المعدة للهدم ، والمحصولات الزراعية المعدة للجنى ، والمعادن أو الاحجار المعدة للاستخراج أو الاقتطاع من المناجم أو المحاجر •

(١) **ثبوت صفة المنقول بالمآل:** لم يضع المشرع قاعدة عامة في شأن اعتبار بعض العقارات منقولات بالمآل ، ولكنه في نصوص خاصة قليلة عامل العقارات المعدة للانفصال عن أصل ثباتها واستقرارها معاملة المنقول ، لا باعتبار طبيعتها الحالية وانما باعتبارها مآلها المستقبل • ومن قبيل ذلك ما ينص عليه تقنين المرافعات من اتباع اجراءات حجز المنقول بالنسبة للشار المتصلة والمزروعات القائمة ، وعدم جواز هذا الحجز قبل نضجها بأكثر من خمسة وخمسين يوما والا كان الحجز باطلا (م ٤٩٩) • ومن هذا القبيل كذلك ، أن التقنين المدني يضع بين حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول :

---

Ripert et Picard, op. cit., t. III, Nos. 102 - 106. — De Page, op. cit., t. V, Nos. 723 - 733.

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٩٣ - ١٠١ • - حسن كيره ، المرجع السابق ، فقرات ٣٢ - ٣٥ ، ص ١٠١ - ١١٣ •

(١) ينبغي اجتناب الخلط بين المنقولات بالمآل وبين الأشياء المستقبلية، فالمنقولات بالمآل ليست أشياء مستقبلية وانما هي أشياء موجودة متحققة، ولكن طبيعتها القانونية وحدها هي المتأثرة بحسب ما ستؤول اليه هذه الأشياء في المستقبل ( انظر في التفرقة بين المنقولات بالمآل والأشياء المستقبلية :

Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 108. — De Page, op. cit., t. V, No. 728

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ١٩٥٨ ، ص ٩٧ • - حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ١٠٢ ) •



امتياز المبالغ المنصرفة في البذر والسماد وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات والمبالغ المنصرفة في أعمال الزراعة والحصاد، على المحصول الذي صرفت في اتساجه ( م ١١٤٢ / ١ ) ، وامتياز مؤجر الأراضي الزراعية بأجرتها على ما يكون موجودا فيها من محصول زراعى ( م ١١٤٣ / ١ ) ، رغم أن المحصول قبل حصده يعتبر عقارا بالطبيعة .

ولم يلبث الفقه والقضاء أن استخلص من مثل هذه النصوص الخاصة نظرية عامة في هذا الشأن بمقتضاها يكون اعتبار بعض العقارات منقولات بالمآل اذا كانت ارادة المتعاقدين تنظر اليها باعتبار ما ستؤول اليه في القريب من فصل مؤكد عن أصل ثباتها يصيرها منقولات بالطبيعة . فما دام المآل المنقول لهذه العقارات هو محل اعتبار المتعاقدين عليها ، فلا حرج من استباق المستقبل ومعاملتها منذ التعاقد على هذا الأساس وبحسب هذا المآل . ولذلك يشترط ، لثبوت وصف المنقول بالمآل ، شرطان جوهريان :

١ - يجب أن تنصرف ارادة المتعاقدين انصرافا حقيقيا جديا الى اعداد العقارات المتعاقد عليها لتصير منقولات بالطبيعة، وذلك بالاتجاه الى فصلها عن أصل ثباتها واستقرارها ، بحيث لا يتصور في ذهن المتعاقدين تمام تنفيذ العقد الا بصيرورة هذه الأشياء منقولات فعلا .

ولكن لا يكفى لتوافر هذا الشرط مجرد التصرف في هذه الأشياء تصرفا مستقلا عن أصل ثباتها واستقرارها ، فمثل هذا التصرف المستقل لا يعتبر وحده قرينة على انصراف الارادة الى فصل هذه الأشياء وتصيرها منقولات بالطبيعة في القريب ، ولذلك فهو لا يغير من الطبيعة القانونية لهذه الأشياء باكسابها وصف المنقول بالمآل الا اذا كانت ارادة المتعاقدين منصرفة حقيقة الى اعدادها لانفصال حقيقى قريب ، وعلى ذلك ، فبيع بناء دون الأرض المقام عليها يعتبر بيع عقار لا بيع منقول اذا لم تكن ارادة المتعاقدين منصرفة الى بيعه على أساس الهدم ، بينما يعتبر بيع منقول اذا



وجد التزام على عاتق المشتري بهدمه «١» .

٢ — يجب أن يكون المصير المحقق — في نظر المتعاقدين — للعقارات المتعاقد عليها هو التحول في القريب الى منقولات بالطبيعة ، فلا يكفي اذن وجود مجرد احتمال بشأن انفصال هذه العقارات في القريب عن أصل ثباتها واستقرارها، اذ لا يتصور أن يفقد محل التعاقد مقدما الصفة العقارية الثابتة له طبقا لطبيعته اذا لم يكن من المحقق والمؤكد صيرورته في القريب منقولا بالطبيعة .

وعلى ذلك لا يكتسب العقار المتعاقد عليه وصف المنقول بالمآل اذا ترك أمر تحويله الى منقول بالطبيعة الى محض تقدير ورغبة أحد المتعاقدين «٢»، أو اذا لم يحدد موعد قريب في التعاقد لمثل هذا التحويل أو لم يكن مثل الموعد قابلا للتحديد .

(٢) آثار ثبوت صفة المنقول بالمآل : اذا توافر الشرطان السابقان ، فان صفة المنقول بالمآل تثبت للعقار محل التعاقد منذ اتمام العقد «٣» . فيخضع هذا العقار منذ ذلك الوقت لما يخضع له المنقول من قواعد وأحكام، فلا يكون من اللازم تسجيل هذا العقد لنقل ما قد يرتبه من حق عيني على المنقول بالمآل «٤»، ويكون للدائنين اتخاذ اجراءات حجز المنقول لا اجراءات التنفيذ على العقار لاستيفاء حقوقهم من قيمته ، ويتحدد الاختصاص المحلى بنظر المنازعات الناشئة عن هذا التعاقد بمحكمة موطن المدعى عليه .

---

(١) Fréjaville, thèse précitée, pp. 67 - 70

(٢) Fréjaville, thèse précitée, p. 81.

(٣) هذا في العلاقة بين المتعاقدين . اما بالنسبة الى الغير ، فالأمر محل تفصيل ، انظر في ذلك :

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٩٨ - ١٠٠ . - حسن كيره ، المرجع السابق ، فقرة ٣٤ ، ص ١٠٧ - ١١٣ .

(٤) فينتقل الحق العيني فور التعاقد اذا كان محله معيناً بالذات (م ٢٠٤ مدني) . اما اذا كان هذا المحل معيناً بنوعه فينتقل الحق العيني بافرازه (م ١/٢٠٥ مدني) .



### ٣٨٥ - المنقولات المعنوية

الأصل أن الأشياء المعنوية ، وهى التى سبقت الإشارة إليها «١» ، لا يمكن اعتبارها من العقارات ولا من المنقولات، لأن التقسيم الى عقارات ومنقولات - وهو مبنى على أساس الثبات أو القابلية للحركة - لا يتصور الا فى شأن الأشياء المادية وحدها . ومع ذلك ، فخرجوا على هذا الأصل تعتبر الأشياء المعنوية من المنقولات حكما وتخضع لأحكام المنقول ؛ وقد يمكن تبرير ذلك على أساس أن المشرع يعتبر منقولا كل ما ليس بعقار ، وهذه الأشياء المعنوية ليست قطعاً من العقارات .

## المطلب الثانى

### الأشياء القابلة وغير القابلة للاستهلاك (٢)

### ٣٨٦ - أساس التقسيم

تنص المادة ٨٤ من التقنين المدنى على هذا التقسيم بقولها « ١ - الأشياء القابلة للاستهلاك هى التى ينحصر استعمالها ، بحسب ما أعدت له ، فى انفاقها أو استهلاكها . ٢ - فيعتبر قابلاً للاستهلاك كل ما أعد فى المتاجر للبيع » .

ومن ذلك يتبين أن الأشياء القابلة للاستهلاك (choses consommables) هى تلك التى لا يتصور استعمالها الا عن طريق استهلاكها ، بمعنى أنها تستهلك بمجرد استعمال واحد دون أن تحتل ورود استعمال متكرر عليها . ويستوى فى هذا الشأن أن يكون استهلاك هذه الأشياء مادياً بالقضاء على مادتها كآكل الطعام أو بتغيير صورتها كتحويل المنسوجات الى ملابس ، أو

(١) انظر سابقاً ، فقرة ٣٧٥ .

(٢) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Humbert, Essai sur la fongibilité et la consommabilité des meubles, thèse Paris, 1940. — Jaubert, La consommabilité et la fongibilité, Revue trimestrielle de droit civil, 43 année, 1945, pp. 75 - 101.



أن يكون هذا الاستهلاك قانونيا بالتصرف كاتفاق النقود وبيع السلع .  
أما الأشياء غير القابلة للاستهلاك (choses non consommables) ،  
فهى تلك التى تقبل الاستهلاك المتكرر دون أن تستهلك بمجرد استعمال  
واحد لها ولو ترتب على تكرار استعماله أو طوله هلاكها أو ضياعها أو بخس  
قيمتها أو نقص متانتها ، كالأرض والمنازل والسيارات والمفروشات  
والآلات .

والأصل أن طبيعة الشيء هى التى تحدد قابليته أو عدم قابليته  
للاستهلاك . غير أن الإرادة لها من السلطان ما تملك به مثل هذا التحديد  
كذلك ، اذا خصصت استعمال الشيء تخصيصا يخرجها عما تقضى به طبيعته ،  
فيصبح حينئذ قابلا أو غير قابل للاستهلاك بالتخصيص «<sup>١</sup>» لا بالطبيعة .  
فالنقود ، وهى قابلة بحسب طبيعتها للاستهلاك قانونيا بمجرد استعمالها أى  
بانفاقها ، تصبح غير قابلة للاستهلاك اذا أعيرت على أساس مجرد عرضها ثم  
ردها بعد ذلك . والكتاب ، وهو غير قابل بحسب طبيعته للاستهلاك بمجرد  
الاستعمال ، يصير قابلا للاستهلاك اذا اتجهت ارادة المتعاقدين الى جعله  
كذلك بأن أعير الى صاحب مكتبة بقصد بيعه ثم رد نسخة مماثلة له من بعده .  
بل وكل شيء يكون بحسب طبيعته غير قابل للاستهلاك يصبح قابلا له  
بالتخصيص اذا أعد للبيع ( م ٨٤ / ٢ مدنى ) ، اذ يخصص حينئذ لنوع من  
الاستهلاك هو الاستهلاك القانونى .

### ٣٨٧ - أهمية التقسيم

تبدو أهمية التفرقة بين الأشياء القابلة وغير القابلة للاستهلاك فى أن  
بعض الحقوق التى تخول استعمال الشيء كحق الانتفاع «<sup>٢</sup>» وحق الاستعمال  
لا يتصور ورودها الا على الأشياء غير القابلة للاستهلاك وحدها ، لأن

(١) Jaubert, article précité, pp. 78, 79, 96 - 100

(٢) ولكن يتصور ان تكون الاشياء القابلة للاستهلاك محلا لشبه حق  
انتفاع ، وحينئذ يجب على صاحب هذا الحق عند انتهائه رد بدل عن الاشياء  
المستهلكة ( م ٩٩٢ / ٢ مدنى ) .



المنتفع أو المستعمل يلتزم عند انتهاء حقه برد الشيء بعينه الى مالكه واستعماله له يستهلكه. وكذلك الشأن في الايجار والعارية ، فهي عقود لا ترد الا على أشياء غير قابلة للاستهلاك بمجرد الاستعمال .

## المطلب الثالث

### الأشياء المثلية والقيمة (١)

#### ٣٨٨ - أساس التقسيم

تنص المادة ٨٥ من التقنين المدني على هذا التقسيم بقولها « الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن » . ومن ذلك يتبين أن الأشياء المثلية (*choses fungibles*) هي التي لها نظائر متماثلة في الأسواق ، فلا تتفاوت آحادها تفاوتاً يعتد به ، ولذلك فيقوم بعضها مقام بعض في الوفاء . وهذه الأشياء هي التي جرى العرف على التعامل فيها بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن ، كالنقود ، والكتب من طبعة واحدة والقماش من نوع ولون واحد ، والحبوب من نفس الصنف والجودة ، والقطن من نفس الصنف والرتبة . أما الأشياء القيمة (*choses non fungibles*) فهي تلك التي تتفاوت آحادها تفاوتاً يعتد به بحيث لا يقوم غيرها مقامها عند الوفاء ، كالأرض والمنازل والحيوانات .

واذا كن الأصل في تعيين الصفة المثلية أو القيمة للأشياء هو طبيعتها من حيث تماثل أو تفاوت آحادها ، الا أن ارادة الأفراد قد تسبغ على شيء

---

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

De La Grasserie, De la fungibilité juridique, Revue générale du droit, 1911. — Humbert, thèse précitée. — Jaubert, article précité. — Planiol, Ripert et Picard, op. cit., t. III, Nos. 58 - 60. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 86.



مثلى بطبيعته صفة القيمة أو على شىء قىمى بطبيعته صفة المثلية «١» ،  
فيقال ان الشىء يصبح قيميا أو مثليا بالتخصيص «٢» . ومثال الحالة الأولى  
اعارة كتاب بقصد الاطلاع عليه ورده بذاته ، ومثال الحالة الثانية ما تقوم به  
بعض الشركات التى تستهدف بيع أراض زراعية تستصلحها أو أراض للبناء  
تعددها وتمهدها من تقسيمها الى قطع متساوية متماثلة .

وقد يختلط تقسيم الأشياء الى مثلية وقيمة بتقسيمها الى قابلة وغير  
قابلة للاستهلاك ، نظرا الى أن الغالب أن تكون الأشياء المثلية قابلة  
للاستهلاك والأشياء القيمة غير قابلة للاستهلاك . غير أن التقسيمين ليسا  
متطابقين تماما . فنسخ الكتاب الواحد من نفس الطبعة مثلية ولكنها غير  
قابلة للاستهلاك ، نظرا الى أن الغالب أن تكون الأشياء المثلية قابلة  
تعتبر قابلة للاستهلاك اذا كانت معدة للبيع .

#### ٣٨٩ - أهمية التقسيم

تبدو أهمية تقسيم الأشياء الى مثلية وقيمة فى كون المقاصة القانونية  
لا تقع الا بين دينين موضوع كل منهما أشياء متماثلة ( م ٣٦٢ / ١ مدنى ) .  
وفى كون هلاك الأشياء القيمة ينقضى به الالتزام لأن تنفيذه يصبح بهذا  
للاستهلاك والأشياء القيمة غير قابلة للاستهلاك . غير أن التقسيمين ليسا  
يظل الالتزام قائما فى شأنها لأن لها نظائر فى الأسواق فيقوم بعضها مقام  
بعض فى الوفاء ولذلك يقال ان الأشياء المثلية لا تهلك .

وتبدو أهمية هذا التقسيم كذلك فى كون الملكية أو أى حق عينى  
آخر لا ينتقل أو يتقرر على الأشياء المثلية الا بافرازها لأنها تكون بوصفها  
هذا غير معينة بالذات ، بينما يتقرر فور التعاقد على الأشياء القيمة المنقولة

---

(١) نقض ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٣ ، مجموعة عمر ، ج ١ ، رقم ١٤٦ ،  
ص ٢٦٩ .

(٢) Jaubert, article précité, pp. 78, 78, 96, 100.



باعتبارها معينة بالذات «١» .

## المبحث الثاني الأعمال

### ٣٩٠ - العمل وشروطه بوصفه محلا للحق

قلنا ان محل الحق يكون شيئا أو عملا . وقد تكلمنا في الأشياء باعتبارها محلا للحقوق القائمة على أساس من رابطة التسلط كالحق العيني والحق الذهني والحق في الاسم . بقى أن نتكلم في الأعمال باعتبارها محلا للحقوق القائمة على أساس من رابطة الاقتضاء ، وأظهرها الحق الشخصي أو حق الدائنية «٢» الذي يخول صاحبه أى الدائن قدرة اقتضاء عمل معين من المدين .

ويستوى في العمل - بوصفه محلا لهذا النوع من الحقوق - أن يكون ايجابيا أو سلبيا ، ولكن يجب أن تتوافر فيه شروط رئيسية ثلاثة هي :  
الامكان والتعين والمشروعية .

١ - شرط الامكان : يجب أن يكون العمل ممكنا ، بمعنى أن يكون غير مستحيل في ذاته ( م ١٣٢ مدنى ) ولو كان مستحيلا بالنسبة الى بعض الأشخاص ؛ فالاستحالة التى تمنع من امكان العمل اذن هى الاستحالة

---

(١) السائد في الفقه أن تقسيم الأشياء الى مثلية وقيمة يقوم على أساسه التفريق بين الأشياء المعينة بنوعها والأشياء المعينة بذاتها . غير أن ثم اتجاها حديثا في الفقه يشكك في وجود تطابق كامل بين التقسيمين ( انظر في هذا الاتجاه : Jaubert, article précité, p. 86 ، وفي مناقشته : حسن كيره ، المرجع السابق ، فقرة ٣٨ ، ص ١١٧ و ١١٨ ) .

(٢) ولذلك فتفصيل الكلام في العمل وشروطه مجاله نظرية الالتزام ، راجع في هذا التفصيل :

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٢١٣ - ٢٤١ . -  
حشمت أبوستيت ، المرجع السابق ، فقرات ٢٠٢ - ٢١٦ . - أتور سلطان ،  
المرجع السابق ، ج ١ ، فقرات ١٦٦ - ١٩٣ . - عبد المنعم فرج الصدة ،  
مصادر الالتزام ، ١٩٥٨ ، فقرات ١٩٨ - ٢١٣ .



المطلقة لا النسبية. ومن أمثلة العمل غير الممكن التعهد برفع استئناف عن حكم قضائي اذا كان ميعاد الاستئناف قد فات قبل التعهد ، أو بنقل ملكية عين تكون قد هلكت قبل التعهد ؛ اذ رفع الاستئناف ونقل الملكية في هذه الظروف عملان مستحيلان في ذاتهما استحالة مطلقة في حق الكافة . أما اذا كانت الاستحالة نسبية ، كمن يتعهد برفع أثقال من الحديد لا يقدر على رفعها وان كان غيره يقدر على ذلك ، فيعتبر معها العمل ممكنا لأنه غير مستحيل في ذاته ويكون للدائن الحق في اقتضاء الوفاء به ؛ فاذا استحال على المدين شخصا القيام به بكون مسئولا أمام الدائن عن تخلفه في الوفاء . ويعتبر العمل ممكنا اذا كان مضمونه اعطاء شيء ، حتى ولو لم يكن هذا الشيء موجودا وقت التعهد باعطائه ، ما دام أنه ممكن وجوده في المستقبل ؛ ولذلك فكون موضوع المحل شيئا مستقبلا لا ينفي امكانه «١» .

٢ - شرط التعيين : يجب أن يكون العمل معينا أو قابلا للتعين ، حتى يتحدد أو يكون قابلا للتحديد مضمون اقتضائه أو الحق الوارد عليه . فالتعهد باقامة بناء ، يجب فيه تعيين مواصفاته ، أو في الأقل استخلاص ذلك من ظروف التعاقد وملابساته كالغرض من البناء وسعته وما الى ذلك . واذا كان مضمون العمل اعطاء شيء ، فيجب — اذا كان هذا الشيء قيميا — أن تحدد ذاتيته على النحو الذي يميزه عن غيره بأن يعين مثلا موقع الأرض المبيعة ومساحتها وحدودها ؛ وأما اذا كان الشيء مثليا فيجب أن يحدد نوعه ومقداره «٢» ، وان كان ليس من اللازم تحديد درجة جودته «٣» .

- 
- (١) اذا كان الاصل هو جواز أن يكون محل الالتزام عملا واردا على شيء مستقبل (م ١/١٣١ مدني) ، فاستثناء من ذلك يعتبر التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطلا ولو كان برضاه (م ٢/١٣١) .
- (٢) ولكن يكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط اذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره (م ٢/١٣٣ مدني) .
- (٣) فاذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئا من نوع متوسط (م ٢/١٣٣ مدني) .



(٣) شرط المشروعية : يجب أن يكون العمل مشروعاً أى غير مخالف للقواعد القانونية الآمرة أو للنظام العام أو الآداب «١» . ومن أمثلة العمل غير المشروع المبطل للتعهد به الالتزام بارتكاب جريمة معينة أو بيع كمية من المخدرات أو بدفع مبلغ من المال الى امرأة مقابل انشاء أو استمرار علاقات جنسية غير مشروعة معها .

---

(١) راجع في فكرة النظام العام والآداب، سابقا فقرة ٢٢ وما بعدها.



## الباب الثانى

### مصادر الحق ١٠

#### ٣٩١ - الوقائع القانونية والتصرفات القانونية وتاصيل التفرقة بينهما

قلنا ان الحق يستند فى وجوده الى القانون . غير أن القانون - فى ترتيبه واسناده للحق - انما يعتد بوقائع أو أحداث أو أعمال معينة يرتب على تحققها وجود الحق . وهذه الوقائع أو الأحداث أو الأعمال هى التى نعينها بمصادر الحق أى بمصادره المباشرة التى تولده ، وان بقى القانون من ورائها كلها هو المصدر غير المباشر للحقوق جميعا .

وغنى عن البيان ، أن هذه المصادر المباشرة لا تقتصر على انشاء الحق

---

(١) راجع فى ذلك بوجه خاص :

Bonnecase, op. cit., t. II, Nos. 248 et s. ; t. III, Nos. 1 et s. — Hébraud, Encyclopédie juridique, Répertoire de droit civil, t. I, V. acte, pp. 65 - 68.

عبد الرزاق السنهورى ، التصرف القانونى والواقعة القانونية ، دروس لقسم الدكتوراه، ١٩٥٣-١٩٥٤ ؛ الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٣٢ - ٣٤ ص ١٢٩ - ١٣٤ ؛ ج ٢ . ج ٢ ، فقرات ١ - ٤ .  
وانظر كذلك :

Capitant, op. cit., Nos. 223 - 329. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., Nos. 400 - 413. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, Nos. 65 et s. — Ripert et Boulanger, op., cit, t. I, Nos 560 et s. — Mazeaud, op. cit. t. I. Nos 258 -279 — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 147 - 163.

عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية الحق ، فقرات ١٧٩ - ٢٣٦ . — سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرات ٢٩٣ - ٣٣٤ . — محمد سامى مذكور ، المرجع السابق، ص ٢١٤ - ٢٣٤ . — شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص ١٧٦ - ١٨٦ . — جميل الشرقاوى، المرجع السابق، ص ٢١٥ - ٢٢٧ . — اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ١٩٥٨ ص ١٣٣ - ١٥٥ . — عبد المنعم البدر اوى، المرجع السابق، فقرات ١٩٤ - ٢٠٤ و ٢٢١ - ٢٣٢ .



بل تمتد كذلك الى نقله أو تغييره أو انقضائه .

والمصادر المباشرة للحق لا تخرج — رغم تعددها وكثرة تنوعها — عن طائفتين أساسيتين : طائفة الوقائع القانونية (faits juridiques) ، وطائفة التصرفات القانونية (actes juridiques) . ويقصد بالوقائع القانونية «<sup>(١)</sup>» كل حدث أو عمل مادي يرتب القانون عليه أثرا معيناً وخاصة انشاء حق أو نقله أو تغييره أو زواله . أما التصرفات القانونية ، فيقصد بها كل ارادة تتجه الى ترتيب مثل هذا الأثر .

ومن أمثلة الوقائع القانونية واقعة الموت ، فهي حدث مادي طبيعي يترتب عليه أثر قانوني هو الحق في الارث . والفعل الضار كذلك واقعة قانونية ، فهو فعل مادي اختياري يترتب عليه أثر قانوني هو الحق للمضروب في التعويض . والمثل الرئيسي للتصرف القانوني هو العقد ، وهو عمل ارادي من طرفين تتولد عنه حقوق للمتعاقدين وعليهما ، فعقد البيع مثلاً يولد للبائع حقاً في اقتضاء الثمن وللمشتري حقاً في اقتضاء تسليم المبيع ونقل ملكيته اليه . والوصية كذلك تصرف قانوني ، فهي عمل ارادي من جانب واحد يترتب للموصى له حقاً في الموصى به .

وإذا كانت التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية تبدو يسيرة في بعض الحالات كما يبدو من الأمثلة المتقدمة ، فلا يجب أن يحجب ذلك — في حالات أخرى — صعوبتها ودقتها واختلاف الفقهاء حول تكييف ووصف مصدر الحق في شأنها . وأكثر ما يعرض ذلك في صدد الأفعال الاختيارية التي تترتب عليها آثار قانونية ، إذ يقوم الاختيار في الفعل على الارادة مما يكاد

---

(١) المقصود بالوقائع القانونية هنا المعنى الضيق وحده . فنستبعد إذن المعنى الواسع لاصطلاح « الوقائع القانونية » الذي يشمل التصرف القانوني والواقعة القانونية بمعناها الضيق معا .



يقربه في الذهن من الارادة قسوام التصرف ويسر الانزلاق الى الخلط بين الواقعة القانونية والتصرف القانوني .

من أجل ذلك ، كان من اللازم البحث عن معيار حاسم للتمييز بينهما . وقد ذهب البعض الى القول بأنه لا يوجد تصرف قانوني الا حيث يكون للارادة سلطة تنظيمه وتحديد كل آثاره . ولكن من الواضح أن ذلك يضيق من دائرة التصرفات القانونية تضيقا كبيرا غير مقبول ، فيخرج عن نطاقها تصرفات كالتصرفات الشرطية (actes-condition) «١» ، مثل عقد الزواج ، لا تحدد ارادة الأطراف فيها الآثار القانونية وانما تكون هذه الارادة هي الشرط اللازم لاعمال حكم القانون الذي يستقل وحده بتنظيم وتحديد هذه الآثار ، فضلا عما في ذلك من اغفال لما بات عليه الوضع اليوم من حد كبير من نشاط الارادة في ترتيب الآثار القانونية نتيجة ازدياد القواعد القانونية الآمرة والمتعلقة بالنظام العام والآداب «٢» .

ويذهب بعض آخر الى القول بأن معيار التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية يتحدد بالتساؤل عما اذا كانت الآثار القانونية المترتبة مقصودة بالارادة أم غير مقصودة ، فاذا كانت مقصودة فمعنى ذلك وجود تصرف قانوني والا فمعناه وجود واقعة قانونية . وظاهر ما يؤدي اليه ذلك من نتائج شاذة ومن خلط بين الواقعة القانونية والتصرف القانوني . ومن قبيل ذلك القول بأن الفعل الضار مثلا يعتبر تصرفا قانونيا — ولكنه تصرف غير مشروع — اذا كان في الامكان تصور اتجاه ارادة من صدر منه الى الالتزام

---

(١) في هذا المعنى :

Hébraud, Dalloz, t. I, No. 13, p. 66, col. 3.

(٢) في هذا المعنى :

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 149.



بالتعويض «١» ، رغم أن هذا الفعل لا يمكن أن يكون — وهو مجرد عمل مادي — الا واقعة قانونية «٢» ، ولا يغير من طبيعته هذه أن يكون عملا اختياريا ولا حتى أن يكون أثره القانوني مقصودا «٣» . هذا فضلا عما يعيب هذا المعيار من اخضاع طبيعة نفس العمل لظروف كل حالة واعتباره — تبعا لاختلاف هذه الظروف — من التصرفات القانونية حيناً ومن الوقائع القانونية حيناً آخر ، مثل وصف تغيير الموطن بأنه تصرف قانوني اذا كان أثر هذا التغيير على الاختصاص القضائي مقصودا وبأنه واقعة قانونية اذا كان مثل هذا الأثر غير مقصود «٤» .

ويبدو أنه يجب البصر — في صدد التمييز بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية — بأمرين رئيسيين :

(١) أن الارادة في التصرف القانوني هي ذات هذا التصرف وجوهره، ولذلك يصح بل يجب وصفه بأنه ارادة محضة «٥» . بينما في الواقعة القانونية قد توجد الارادة كما في الأفعال الاختيارية ، وقد لا توجد كما في الوقائع الطبيعية . واذا وجدت الارادة، فانها — على خلاف الظاهر — تتميز بوضوح عن الارادة في التصرف القانوني ، ذلك أنه اذا كانت الارادة في التصرف القانوني هي ذات هذا التصرف ، فهي في الواقعة القانونية — اذا وجدت —

---

(١) Duguit, op. cit., t. I, § 36, p. 361

(٢) انظر في انتقاد اعتباره تصرفا قانونيا : عبد الرزاق السنهوري ، التصرف القانوني والواقعة القانونية ، هامش (١) ص ٤٦ ؛ وص ٥٣ و ٥٤ .  
(٣) فالواقعة القانونية، كما يقول استاذنا الجليل الدكتور عبد الرزاق السنهوري ( المرجع السابق ، ص ١١٩ ) ، هي « عمل مادي ، ويستوى في ذلك أن يكون العمل اختياريا أو غير اختياري . واذا كان اختياريا يستوى أن يكون أثره القانوني مقصودا أو غير مقصود ، فما دام عملا ماديا فهو واقعة قانونية » .

(٤) Hébraud, ibid.

(٥) عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٧٥ .



تكون متبينة عن ذات هذا الواقعة وجوهرها، اذ تكون مجرد ارادة في اتيان العمل المادى المسكون لهذه الواقعة «١» . ولذلك يبدو التمييز ظاهرا بجلاء بين الواقعة القانونية والتصرف القانونى من هذا الوجه . فجوهر التصرف القانونى هو الارادة المحضة ، أما جوهر الواقعة القانونية فهو العمل المادى حتى ولو كانت ثم ارادة واختيار في اتيانه .

(٢) أنه يبنى على اختلاف الجوهر بين الواقعة القانونية والتصرف القانونى على النحو المتقدم أن الأثر القانونى المترتب على التصرف انما يترتب لأن الارادة — وهى جوهر هذا التصرف — قد اتجهت الى ترتيبه . أما فى الواقعة القانونية ، وليست الارادة اذا وجدت هى جوهرها وانما جوهرها العمل المادى وحده ، فان ما يترتب على الواقعة القانونية من أثر قانونى لا شأن للارادة فى ترتيبه وانما هو يترتب لمجرد وجود وتحقيق العمل المادى . ولذلك يستوى — اذا وجد العمل المادى — أن توجد ارادة أو أن لا توجد ، أو اذا وجدت أن تكون ارادة فى اتيان العمل المادى دون قصد الى نتائجها أو حتى أن تكون ارادة فى اتيانه وفى قصد نتائجها على السواء «٢» . فما دام وجود الارادة لا يغير مما يترتب القانون أصلا على العمل المادى من أثر ، فلا يكون لوجودها اذن اعتبار فى ترتيبه ، ولا فى قلب العمل المادى نفسه من واقعة قانونية الى تصرف قانونى .

ولذلك يبدو خطأ رأى القائل بالتمييز بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية على أساس أن النتائج القانونية تكون مقصودة فى الثانية وغير مقصودة فى الأولى ، فكما رأينا قد تكون النتائج للقانونية مقصودة ومع ذلك نكون بصدد واقعة قانونية لا بصدد تصرف قانونى لأن هذه النتائج تترتب على مجرد وجود عمل مادى . فالشخص الذى يصدم آخر بسيارته بخطأ منه ، انما يعتبر فعله الضار هذا عملا ماديا ، والقانون يكتفى بظهور

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٤١ و ٧٥ .

(٢) فى هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ص ١١٩ .



هذا العمل المادى الى الوجود ليرتب عليه أثرا قانونيا معيناً هو الحق فى التعويض ؛ وهذا الحق يترتب حتما لمجرد تحقق الاصابة بخطأ دون اعتبار لما اذا كانت ارادة صاحب السيارة قد اتجهت أو لم تتجه الى صدم المصاب، ولا حتى اذا كانت — حين اتجهت الى صدمه — قد اتجهت كذلك فرضا الى الالتزام بالتعويض قبله ؛ ولذلك يظل مصدر الحق فى التعويض فى كل هذه الصور واقعة قانونية هى الفعل الضار • والفضولى — وهو من يتولى عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك (م ١٨٨ مدنى) — يصبح ذائناً ومديناً فى نفس الوقت قبل رب العمل • ومصدر حقه والتزامه على السواء ليس هو ارادته ، كما يذهب الى ذلك البعض «١»، بل هو تدخله ؛ ولما كان التدخل عملاً مادياً، فيكون المصدر اذن واقعة قانونية وليس تصرفاً قانونياً «٢» •

وعلى هذا النحو ، فالتفرقة بين الواقعة القانونية والتصرف القانونى ، انما تقوم اذن على أساس التمييز بين الفعل أو العمل المادى وبين الارادة المحضه • فحيث يتولد الحق أو يترتب الأثر القانونى بوجه عام من مجرد وجود فعل أو عمل مادى ، بصرف النظر عما اذا كان وجوده طبيعياً أو اختيارياً وعما اذا كانت آثاره القانونية — لو كان اختيارياً — مقصودة أو غير مقصودة ، نكون أمام واقعة قانونية • أما حيث يترتب الأثر القانونى أو يتولد من مجرد وجود ارادة تتجه الى هذا الترتيب أو التوليد ، فنحن أمام تصرف قانونى •

**المصادر المزدوجة :** اذا كانت مصادر الحق ترد على هذا النحو الى طائفتين اثنتين : الوقائع القانونية والتصرفات القانونية ، وكانت التفرقة بينهما مؤصلة على النحو السابق بيانه ، فلا يجب أن نفعل وجود طائفة ثالثة من المصادر ، يمكن تسميتها بالمصادر المزدوجة ، تقوم على الجمع بين جوهر الواقعة القانونية وجوهر التصرف القانونى ، بحيث لا يترتب الأثر القانونى

---

(١) Demogue, Traité des obligations en général, t. I, No. 17, pp. 46, 47.

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٧٥ •



المتولد عنها الا بوجود واقعة أو عمل مادي معين واتجاه الارادة الى توليد هذا الأثر .

فما دام وجود الارادة هنا واتجاهها الى ترتيب الأثر القانوني أساسيا في هذا الترتيب ، فيكون لها اذن شأن آخر غير شأن الارادة في الوقائع القانونية الخالصة حيث لا يكون لوجودها أو تخلفها فيها اعتبار في ترتيب أو عدم ترتيب الأثر القانوني ، ويكون من العسير اذن القول برد هذا الأثر الى واقعة قانونية خالصة طالما أنه لا يكفي لترتبه مجرد وجود الواقعة أو العمل المادي وحده بل كذلك الارادة المتجهة الى ترتيبه . وإذا كان اتجاه الارادة الى ترتيب الأثر القانوني لازما لهذا الترتيب على هذا النحو ، فلا يمكن رد هذا الأثر الى تصرف قانوني خالص طالما أن وجود واقعة مادية أو عمل مادي يعتبر أساسيا كذلك لانتاج هذا الأثر . فهذه الطائفة الثالثة من مصادر الحق اذن طائفة مستقلة ، فلا هي ارادة محضة حتى يقال انها تصرف قانوني ، ولا هي واقعة مادية أو عمل مادي خالص حتى يقال انها واقعة قانونية ، وانما هي طائفة مولدة من الطائفتين الأساسيتين وتجمع بين جوهريهما معا .

ومن هذه الطائفة : الشفعة والاستيلاء والوفاء ، ففيها جميعا يلزم اقتران العنصر المادي بالعنصر الارادي « ١ » . اذ في الشفعة توجد واقعة

---

(١) وقد كان لأستاذنا الجليل الدكتور عبد الرزاق السنهوري فضل النسب الى هذه الطائفة الثالثة لمصادر الحق ، وهو يقسمها - زيادة في الايضاح - الى قسمين: وقائع مركبة ووقائع مختلطة . « فاذا كانت الواقعة القانونية تتركب من واقعة مادية وعمل (أو تصرف) قانوني ، كانت الواقعة مركبة (complexe) ؛ مثل ذلك الشفعة اقترن فيها بيع العين المشفوعة مع الشيوخ أو الجوار ، وهذه واقعة مادية ، باعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة ، وهذا عمل قانوني . أما اذا كانت الواقعة القانونية شيئا واحدا ولكن اختلط فيه العنصر المادي بعنصر الارادة ، كانت الواقعة مختلطة (mixte) ؛ مثل ذلك الاستيلاء اختلطت فيه الحيازة المادية ، وهي عنصر مادي ، بارادة المستولي في أن يملك في الحال ، وهي عنصر ارادي ، ولكن العنصر المادي هنا هو المتغلب ؛ ومثل ذلك ايضا الوفاء اختلط فيه تسليم الشيء الواجب الاداء ، وهو عنصر مادي ، بالاتفاق على انقضاء الدين ، وهو عنصر ارادي ، ولكن العنصر الارادي هو المتغلب » . ( عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، هامش ص ١٣٣ ) .



قانونية هي حصول بيع العين المشفوعة وقيام وضع الشيوع أو الجوار مثلا مقترنة بإرادة الشفيع في الأخذ بالشفعة ، وفي الاستيلاء يوجد عمل مادي هو وضع اليد مقترنا بالإرادة في التملك فورا ، وفي الوفاء يوجد عمل مادي هو التسليم أو التنفيذ مقترنا بالإرادة في قضاء الدين « ١ » .

ويخلص من كل ما تقدم اذن أن القانون هو المصدر غير المباشر للحقوق والآثار القانونية جميعا ، وهو يعتمد على عناصر واقعية مختلفة يولد منها مباشرة هذه الحقوق والآثار . فهو حينما يكتفى لتوليدها بتوافر واقعة أو عمل مادي معين دون نظر الى إرادة الأفراد في هذا الصدد ، فيجعل مصدرها المباشر واقعة قانونية . وهو حينما آخر يستلزم لتوليدها إرادة محضة منصفة الى هذا التوليد ، فيجعل مصدرها المباشر تصرفا قانونيا . وهو أخيرا قد يستلزم لتوليدها اقتران واقعة أو عمل مادي بالإرادة بحيث يكون مصدرها المباشر مزدوجا يجمع بين الواقعة القانونية والتصرف القانوني .

### ٣٩٢ - أهمية التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية

إذا تحددت التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية على النحو الذي بيناه ، فينبغي الوقوف على ما تثيره هذه التفرقة من أهمية بالغة . ففضلا عما تعنيه هذه التفرقة أولا من جمع شتات مصادر القانون وردها الى هاتين الطائفتين الأساسيتين واخضاع كل طائفة لقواعد وأصول كلية واحدة ، نجد أن لهذه التفرقة أهمية بالغة من ناحية الإثبات خاصة .

ذلك أن نشوء الحق أو تعديله أو تحديده أو صافه أو نقله أو زواله ، أو بوجه عام وجود أي أثر قانوني ، يقتضى - عند المنازعة فيه - إثبات

---

(١) انظر مع ذلك فيما يذهب اليه البعض من اعتبار الوفاء واقعة قانونية أكثر منه تصرفا قانونيا ، ومن اعتبار الاستيلاء تصرفا قانونيا : Hébraud, Dalloz, t. I, Nos. 18, 20.

وانظر في انتقاد ذلك :

عبد الرزاق السنهوري، التصرف القانوني والواقعة القانونية،



مصدره المباشر ، أى اثبات الواقعة القانونية أو التصرف القانونى المرتب  
لأى من ذلك « ١ » . وفى هذا الصدد نجد أهمية التفرقة بين الوقائع القانونية  
والتصرفات القانونية ، اذ من الواضح — وهما مختلفان فى الجوهر كما سبق  
البيان — ضرورة اختلافهما فى وسائل الاثبات .

فالتصرف القانونى ، باعتباره ارادة محضة متجهة الى توليد حق أو  
تغييره أو زواله أو توليد أثر قانونى بوجه عام، يعنى اناطة هذا الأثر بمسلك  
ارادى يقصد ترتيبه ، وهو ما يقتضى فى الأصل امكان تهيئة واعداد دليل  
كتابى على هذا المسلك والقصد وقت وقوعه ، لكى يكون من بعد وسيلة  
اثباته اذا حصلت المنازعة فيه . وليس الجال كذلك فى شأن الوقائع القانونية  
— وهى محض وقائع أو أعمال مادية تترتب عليها آثارها بصرف النظر عن  
اتجاه أو عدم اتجاه الإرادة الى هذا الترتيب — حيث يستعصى فى الأصل  
اعداد دليل كتابى يسجلها عند وقوعها « ٢ » . ولذلك فالأصل هو اشتراط اثبات

---

(١) ولذلك فمن التجوز فى التعبير القول بأن ذات الحق أو الأثر القانونى  
هو محل الاثبات ، بل الواقع أن محل الاثبات دائماً هو ما يولد هذا الحق أو الأثر  
من مصدر سواء كان هذا المصدر واقعة قانونية أو تصرفاً قانونياً ( فى هذا  
المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، رقم ١١ ، ص ١٥ ) .

(٢) فى هذا المعنى :

عبد المنعم فرج العبد ، الاثبات فى المواد المدنية ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٤ ،  
فقرات ٢٢ و ١٩٠ . — عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، فقرة ١٨٢ ،  
ص ٣٤٠ و ٣٤١ .

ومع ذلك ، فيحتم المشرع فى شأن بعض الوقائع القانونية الخطيرة كالميلاد  
والموت ، اعداد دليل كتابى بها وقت وقوعها (عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ،  
ج ٢ ، ص ٣٤١) . ولكن يراعى ان هذا الدليل الكتابى ليس هو وسيلة  
الاثبات الوحيدة المتصورة فى شأن هذه الوقائع ، فقد سبق أن رأينا أنه اذا لم  
يوجد هذا الدليل أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات الرسمية المصدق عليه  
المواليد والوفيات ، جاز الاثبات بأية طريقة أخرى (انظر سابقاً ، ص ٧٢٠ و ٧٢١) .



التصرفات القانونية بالكتابة «١» ، وامكان اثبات الوقائع القانونية — على خلاف ذلك — بأية طريقة من طرق الاثبات ولو بمجرد البينة أو الشهادة أو القرائن القضائية أو المعاينة «٢» .

وتبدو أهمية التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية بارزة كذلك من حيث انفراد التصرفات القانونية بكل الأحكام المتعلقة بالارادة

(١) ولكن يستثنى من ذلك بعض التصرفات القانونية ، فيجوز اثباتها بالبينة وبالقرائن القانونية وهي : التصرفات القانونية التجارية بوجه عام ، والتصرفات القانونية المدنية التي لا تزيد قيمتها على عشرة جنيهات ، والتصرفات القانونية المدنية التي تزيد على هذه القيمة اذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة أو مانع من الحصول على الكتابة أو من تقديمها ( انظر عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط، ج٢، فقرات ١٨٥ وما بعدها، و١٩٤ وما بعدها، و٢٠٥ وما بعدها ) .

(٢) وأما اثبات المصادر المزدوجة ، فيعتد فيه أساسا بطبيعة هذا الازدواج . فحيث يكون هذا الازدواج مؤديا الى الاختلاط ، يبدو من المنطقي الاعتداد بالعنصر الغالب ، ومعاملة المصدر — رغم ازدواج طبيعته — على هذا الأساس من حيث الاثبات . فالوفاء — وهو واقعة مختلطة — يخضع من حيث الاثبات لما تخضع له التصرفات القانونية من قواعد فلا يجوز اثباته فيما يزيد على النصاب الا بالكتابة، لأن العنصر الغالب فيه هو العنصر الارادي . والاستيلاء، وهو واقعة مختلطة يغلب فيها العنصر المادي، يخضع من حيث الاثبات لما تخضع له الوقائع القانونية من احكام، فيجوز اثباته بالبينة والقرائن . وأما حيث يكون مقتضى الازدواج وجود عدة وقائع مركبة غير مختلطة ، فيبدو من المنطقي وجوب معاملة كل منها على حدة بحسب طبيعتها واخضاعها لاحكام الاثبات الخاصة بهذه الطبيعة . فالشفعة تتركب من عدة وقائع ، بعضها وقائع قانونية وبعضها تصرفات قانونية ؛ فما كان منها من قبيل الوقائع القانونية أي الوقائع والأعمال المادية — كالجوار ، وحصول بيع العين المشفوع فيها وهو واقعة مادية بالنسبة انى الشفيع — يجوز اثباته بأي طريقة من طرق الاثبات ولو بالبينة أو القرائن أو المعاينة ؛ وما كان منها من قبيل التصرفات القانونية : كإرادة الأخذ بالشفعة ، يجب اثباته في الأصل بالكتابة وفق القواعد العامة ، بل لقد تطلب المشرع ان يكون اعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة رسميا ، والا يحتج به على الغير الا اذا سجل ( م ١/٩٤٢ مدني ) [ انظر في ذلك عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، فقرة ١٨٤ ، ص ٣٤٣ و ٣٤٤ ] .



وبقدرتها على ترتيب الآثار القانونية «<sup>١</sup>» ، اذ هي — على خلاف الوقائع القانونية — ارادة محضة متجهة الى ترتيب هذه الآثار .

### ٣٩٣ — ضرورة صياغة نظرية عامة للواقعة القانونية وللتصرف القانوني

اذا كانت للوقائع القانونية والتصرفات القانونية معا أهمية قصوى من حيث اعتبارها مصدرا لنشوء أى حق أو تحديد وصفه أو تعديله أو نقله أو انقضائه أو بوجه عام مصدرا لأى أثر قانونى كان ، وكانت للفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية الأهمية الكبيرة التى سبق بيانها ، ففى ذلك كفاية للدلالة على ضرورة صياغة نظرية عامة للواقعة القانونية والتصرف القانوني وعلى الأهمية البالغة لمثل هذه النظرية .

ورغم وضوح الحاجة الى مثل هذه النظرية وبروز أهميتها ، فإن الفقه لم يعن فى مختلف الشرائع بصياغتها منذ قديم ، مما تركها أرضا بكرًا وغل يد المشرعين عن تناولها بالتالى ، فظلت القوانين والشرائع الوضعية تتجاهلها بوجه عام حتى أواخر القرن الماضى . وقد ساعد على ذلك مركز الصدارة والقداسة الذى حظيت به نظرية الالتزام منذ قديم ، وتركيز الاهتمام أساسا فى نظرية العقد ؛ مما مكن من ناحية للاعتقاد فى كفاية هذه النظرية الأخيرة وامكان الاستغناء بها عن نظرية للتصرف القانوني بوجه عام باعتبار العقد أهم وأكبر تطبيق له ؛ وصرف النظر من ناحية أخرى عن كل محاولة جديدة — خارج نطاق العقد والتصرف القانوني عموما — لجمع شتات الوقائع القانونية أو المادية المتناثرة فى نظرية عامة تحكمها أصول واحدة ، فظل النظر موجهها الى كل واحدة منها على حدة دون رابطة تربطها بغيرها من الوقائع المشتركة معها فى الطبيعة .

---

(١) مثل تلك المتعلقة بالتعبير عن الارادة ، ومشكلة الارادة الظاهرة والباطنة ، وما قد يتخذه التعبير عن الارادة من شكل ، وأهلية صاحب الارادة ، وصحة الارادة وتنزهها عن العيوب ، ومحل الارادة وسببها وأوصافها ، ومبدأ سلطان الارادة ومداه ، والاثر النسبي للارادة أو للتصرف القانوني .



لذلك كانت جريئة وموفقة تلك الخطوة التي خطاها في مطلع القرن الحالى المشرع الألماني بصياغته ، في صلب تقنيته المدنى نظرية عامة للتصرف القانونى . ولكن كان ولا يزال يعيبها — رغم ذلك — أنها لم تكن بالخطوة الكاملة ، بل كانت خطوة جزئية قنعت بنظرية عامة للتصرف القانونى وحده ، دون أن تفسح المجال الى جانبها لنظرية عامة مماثلة للواقعة القانونية « ١ » . وعلى أى حال ، فقد كان لهذه الخطوة أثرها فى حمل بعض المشرعين على الاقتداء بها ، وفى تنبيه الفقه الحديث الى وجوب العناية بدراسة مصادر الحق فى ذاتها « ٢ » ؛ ولكنها ، من ناحية أخرى ، أعانت على تأييد الاعتقاد القديم فى تركيز الاهتمام فى نظرية التصرف القانونى دون نظرية الواقعة القانونية ، وهذا ما تبينه بوضوح فى الأعمال التحضيرية الجارية لمشروع تنقيح التقنين المدنى الفرنسى الحالى ، اذ جاءت قاصرة على نظرية عامة للتصرف القانونى دون أن تعرض لنظرية مقابلة للواقعة القانونية « ٣ » .

وقد كان مأمولا من المشرع المصرى — وهو بصدد اعداد واصدار التقنين المدنى الجديد — أن يعنى بصياغة نظرية عامة لمصادر الحق ، أو أن يقنع فى الأقل — كما فعل المشرع الألماني وغيره من المشرعين — بصياغة

---

(١) فى هذا المعنى :

محمود أبو عافيه ، التصرف القانونى المجرد ، رسالة من القاهرة ، ١٩٤٦ ، ص ٣٠١ .

(٢) فى طبعة الفقهاء الذين يجب الاعتراف بفضلهم ، فى العناية بهذه الدراسة ومحاولة صياغة نظرية عامة للتصرف القانونى وللواقعة القانونية وتأصيل التفرقة بينهما ، الفقيه الفرنسى « بونكاز » ؛ انظر فى عرض نظريته فى هذا الصدد :

Bonnecase, op. cit., t. II, Nos. 248 et s., t. III, Nos. 1 et s.

وانظر كذلك فى عرض نظريته وفى نقدها :

عبد الرزاق السنهورى ، التصرف القانونى والواقعة القانونية ، ص ٦٣ — ٦٤ .

(٣) فى هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ص ١٠٧ و ١٠٨ و ١١٠ .



نظرية عامة للتصرف القانوني وحده ؛ ولكنه اكتفى بالوقوف من ذلك موقفا سلبيا ، فلم يتقدم خطوة الى الامام عما كان عليه الحال في التقنين المدني القديم من اغفال صياغة نظرية عامة لمصادر الحق ، وذلك رغم حرصه البالغ في جل قواعد التقنين الجديد على مسايرة كل تطور تشريعي وفقهي معاصر . ولعله قد تأثر ، من ناحية ، بعدم نضوج واكتمال الجهود الفقهية بعد حصول استخلاص نظرية عامة للتصرف القانوني وأخرى للواقعة القانونية ؛ وبما لا يزال قائما في العمل ، من ناحية ثانية ، من صعوبات جمة تواجه صياغة نظرية التصرف القانوني نتيجة تداخلها مع نظرية العقد ودقة رسم الحدود بينهما .

وأيا ما كان الأمر ، فينبغي ألا تحول كل هذه العقبات دون ما رأيناه لازما من صياغة نظرية عامة للتصرف القانوني وللواقعة القانونية « ١ » . ولعل الفقه المصري — وهو ليس بالغافل عن أهمية مثل هذه النظرية — ينهض في

---

(١) وقد ينبغى التساؤل عن الأساليب الذي يمكن أن تقوم عليه مثل هذه الصياغة وعن الدور الذي يمكن اسناده الى هذه النظرية . فيبدو أن بعض الفقهاء ينادي بوجوب قلب المنطق الفقهي في ترتيب مسائل القانون المدني خاصة ، واحلال نظرية الواقعة القانونية والتصرف القانوني محل نظرية الالتزام ونظرية الحق اعينى ( محمود ابو عافيه ، الرسالة السابقة ، ص ٣٠٢ وما بعدها ) .

ولكن اذا كانت صياغة نظرية الواقعة القانونية والتصرف القانوني ضرورة واجبة وعاجلة كما اشرنا ، فليس مقتضى ذلك فيما نعتقد امكان الاستغناء بها عن نظرية عامة للالتزام وأخرى للحق العيني ، بل تبقى الحاجة قائمة دائما الى كل من هاتين النظريتين ( في هذا المعنى : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، فقرة ٤ ، ص ٥ و ٦ ) . كل ما في الامر أن التوصل الى صياغة نظرية الواقعة القانونية والتصرف القانوني من شأنه أن يفتزع ، لحساب هذه النظرية ، كثيرا من المسائل من نظرية الالتزام ونظرية الحق العيني . فالأمر إذن ، فيما يبدو ، ليس امر ابتلاع أو استبعاد ، بقدر ما هو أمر تشابك وتداخل يقتضي دقة في الفصل والتحديد .



القريب بما يقع عليه من واجب ومسئولية مثل هذه الصياغة «١» ، فيبعد بذلك الطريق أمام المشرع للتدخل على أساس سليم ومأمون .  
والى أن يتحقق ذلك ، وهو ما يحتاج الى جهود فقهية ضخمة ترسى أساس مثل هذه النظرية ، ليس فى الوسع الا الاكتفاء - فى نطاق هذا الكتاب المحدود - بالتعرض فيما يلى باشارة موجزة وعامة لكل من الواقعة القانونية والتصرف القانونى .

## الفصل الأول

### الواقعة القانونية

#### ٣٩٤ - الواقعة القانونية ، انواعها وأهميتها وآثارها

لم تلق « الواقعة القانونية » من عناية الفقه ما لقيه منها « التصرف القانونى » ممثلا على الأقل فى صورته الكبيرة وهى « العقد » . ولعل مرد ذلك الاعتقاد الذى ساد فى الفقه التقليدى ، تأثرا بالمذهب الفردى ومبدأ سلطان الارادة ، من أن دائرة التصرفات القانونية أرحب وأفسح مدى من دائرة الوقائع القانونية ، وأن الوقائع القانونية لا تبلغ من العدد ولا من الأهمية ما تبلغه التصرفات القانونية «٢» ، وساعد على ذلك التقديس الكبير الذى أشرنا الى تمتع نظرية الالتزام به منذ قديم ، وحصر التصرف القانونى والواقعة القانونية فى نطاقها ، واعتبار العقد بالذات - وهو تصرف قانونى - قطب الرحى فى هذه النظرية .

---

(١) ينبغى التنويه فى هذا المقام بما كان لاستاذنا الجليل الدكتور عبد الرزاق السنهورى من فضل محاولة التصدى لحمل هذه المسئولية فيما ابتدأه سنة ١٩٥٣-١٩٥٤ من دروس على طلبة الدراسات العليا فى «التصرف القانونى والواقعة القانونية» . واذا كانت الظروف قد صرفته عن اتمام ما بدأ ، فاقصر على عرض تفصيلى وانتقادى للوضع الفقهى الفرنسى والمصرى فى هذا الصدد ، فتلك على أى حال خطوة محمودة تفتح الطريق واسعا أمام صياغة شاملة لنظرية التصرف القانونى والواقعة القانونية ، بل وتبشر بقرب إدراك هذه الغاية .

(٢) انظر على سبيل المثال :

Capitant, op. cit., No. 229.



وما زالت هذه النظرة ، وخاصة من حيث التقليل من أهمية الواقعة القانونية ، قائمة في الفقه الفرنسى المعاصر خاصة ؛ حيث يكاد هذا الفقه يتنحى عن اعطاء تعريف مباشر للواقعة القانونية مكتفيا باستخلاصه عن طريق الاستبعاد مما يعتبر تصرفا قانونيا «<sup>١</sup>» ، رغم ما فى ذلك من قصور واضح وامتناع عن المقابلة الواجبة بين الواقعة القانونية والتصرف القانونى بما يحدد مواطن الاختلاف والتمييز بينهما . وقد سبق أن رأينا وجوب تحديد الواقعة القانونية بأنها فعل أو عمل مادى يرتب القانون أثرا قانونيا معنا على مجرد وجوده فى ذاته ، وبصرف النظر عن تخلف أو وجود ارادة صاحبه .

والوقائع القانونية ، بهذا التحديد ، نوعان رئيسيان : وقائع طبيعية أو غير اختيارية ، ووقائع اختيارية . فالوقائع الطبيعية أو غير الاختيارية (faits naturels ou involontaires) ، مثل الصواعق والبراكين والزلازل والفيضان قد يكون حدوثها قوة قاهرة تعفى المدين من التزامه ، والميلاد يحدث دون اختيار أو ارادة من المولود ومع ذلك يرتب القانون عليه أثرا هو بداية شخصيته ، والموت يترتب عليه انتهاء شخصية الميت وفتح تركته واستحقاق ورثته فيها ، والقرباة قد تكون مانعا من موانع الزواج وقد يترتب عليها التزام بالنفقة . وأما الوقائع الاختيارية (faits volontaires) فهي الوقائع المادية التى تحدث بفعل الانسان واختياره ويرتب القانون على مجرد وجودها المادى أثرا قانونيا معنا ، ومثلها الفعل الضار الذى يمثل خطأ من جانب فاعله فيولد للمضروب حقا قبله فى التعويض ، والبناء فى أرض الغير يجعل مالك الأرض مالكا للبناء بالالتصاق ويلزمه بتعويض البانى ، والاثراء بلا سبب مشروع على حساب الغير ينشئ للمفتقر حقا قبل المثرى فى التعويض .

---

(١) انظر على سبيل المثال :

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 147, 163.

ولقد همت لجان مشروع تنقيح التقنين المدنى الفرنسى بمسألة هذا الاتجاه فى تعريف الواقعة القانونية ، ثم أحسنت صنعا بالعدول عن ذلك (عبد الرزاق السنهورى ، التصرف القانونى والواقعة القانونية ، ص ١٠٨) .



يخلص من هذه الأمثلة أن الواقعة القانونية قد تكون مفروضة على الانسان وتنتج آثارها فرضا عليه كذلك كما في واقعة الميلاد والموت ؛ وقد يكون باختيار الانسان وحينئذ إما أن تكون مشروعة كالتفويض النافع الذي يؤدي الى اثره شخص على حساب فاعله ، أو غير مشروعة كالنقل الضار ، وفي الحالتين يرتب القانون عليها آثارا معينة لمجرد وجودها المادي بصرف النظر عما اذا كان فاعلها قد انصرفت ارادته الى هذه الآثار أو لم تنصرف .

وبواضح أنه طالما كانت الواقعة القانونية مجرد فعل أو عمل مادي وتترتب عليها آثارا قانونية بهذا الاعتبار ، فلا شأن للارادة اذن — كما هي الحال في التصرف القانوني — في هذا الترتيب ، ولذلك لا تحتاج الواقعة القانونية الى ما يحتاجه التصرف القانوني من قواعد كثيرة متعلقة بالارادة وقدرتها على ترتيب الآثار القانونية ، وخاصة في شأن الأهلية والاثبات والصحة أو البطلان . فلا يتوقف ترتيب الواقعة القانونية لآثارها ، حتى لو كانت من قبيل الوقائع الاختيارية ، على كمال أهلية محدثها «١» ؛ ولا تشترط الكتابة لاثبات الواقعة القانونية ، بل تقبل الاثبات بأي طريق من الطرق كالبيئة والقرائن ، ولا يتوقف وجود الواقعة القانونية واثباتها آثارها القانونية على مشروعيتها ، اذ هي عمل مادي فيكون وجودها ماديا محضا لا يمكن وصفه بالصحة أو البطلان ، بينما يتوقف وجود التصرف القانوني واثباته أثره القانوني على صحته ومشروعيته اذ هو ارادة مجضة «٢» .

---

(١) راجع في هذا المعنى :

سابقا ، ص ٧٨٩ — ٧٩١ .

ومع ذلك ، فقد يتطلب القانون استثناء في بعض الأعمال المادية — كالاقرار وتحرير الورقة الرسمية — ضربا من الأهلية ، دون أن يغير ذلك من وصفها فتبقى وقائع قانونية ولا تنقلب بذلك الى تصرفات قانونية ( اسنهورى ، المرجع السابق ، ص ١١٩ ) .

(٢) في هذا المعنى :

Hébraud, Dalloz, op. cit., t. I, No. 54

عبد الرزاق السنيهورى ، المرجع السابق ، ص ١٢٠ .



ويبدو من الأمثلة التي قلّمناها أن الواقعة القانونية — بخلاف لما كان شائعاً في الفقه التقليدي — لا تقل قدراً وأهمية عن التصرف القانوني ، وأن من الواجب إخراجها — وإخراج التصرف القانوني — عن نطاق نظرية الالتزام المحصورة فيه ، فإن دورها كمصدر للحقوق أو الآثار القانونية بوجه عام لا يقتصر على حقوق الدائنية وحدها ، بل يتسع كذلك لكافة الحقوق والآثار القانونية .

فالواقعة القانونية قد تكون مصدراً للحقوق السياسية ، إذ بلوغ سن معينة — وهو واقعة طبيعية أي فعل من صنع الطبيعة — يعطى الشخص الحق في الانتخاب أو الترشيح للمجالس النيابية .

وقد تكون الواقعة القانونية مصدراً لحقوق الشخصية ، فالميلاد — وهو واقعة طبيعية — يكسب المولود حقاً في لقب والده . وقد تكون مصدراً للحقوق الذهنية ، فواقعة الخلق الذهني أو الانتاج الفكري عمل مادي اختياري يعطى للمؤلف حقاً معنوياً وحقاً مالياً على مصنفه . وقد تكون مصدراً لحقوق الأسرة ، فواقعة القرابة تعطي الأب الحق في تأديب ولده .

وقد تكون الواقعة القانونية مصدراً للحقوق العينية : فالموت ، وهو واقعة طبيعية ، يولد للوارث حقاً في ملكية نصيبه من أموال المورث . والالتصاق ، وهو واقعة طبيعية أو اختيارية على حسب الأحوال ، قد ينشئ حقاً في الملكية ، فالأرض التي تتكون من طمي يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكاً للملاك المجاورين ( م ٩١٨ مدني ) ، والبناء أو الفراس الذي يقيمه شخص بمواد من عنده في أرض غيره يملكه صاحب الأرض ( م ٩٢٤ و ٩٢٥ مدني ) ، وكذلك يكون ملكاً لصاحب الأرض ما يحدثه هو فيها من بناء أو فراس أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره ( م ٩٣٣ مدني ) . ومن أسباب الأخذ بالشفعة ، وهي مصدر لتكسب



الملكية ، واقعة الجوار وهى واقعة مادية (م ١٣٦ مدنى) «١» . ومضى المدة وهو واقعة طبيعية ، يعتبر سببا فى اكتساب الملكية اذا اقترن بالحيازة وهى واقعة مادية اختيارية من فعل الانسان (م ٩٦٨ و ٩٦٩ مدنى) . والاستيلاء ، وهو عمل مادى اختيارى ، يكسب ملكية المنقول الذى لا مالك له «٢» (م ٨٧٠ مدنى) .

وقد تكون الواقعة القانونية مصدرا للحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية . فواقعة القرابة — وهى واقعة مادية — قد تولد الحق فى النفقة بين الأقارب . والفعل الضار ، وهو فعل مادى اختيارى من الانسان ، يولد الحق فى التعويض ، سواء كان فاعله قاصدا احداثه أو غير قاصد ، اذ التعويض يترتب بفعله المادى لا بارادته . والفعل النافع ، وهو عمل مادى ، يجعل للمفتقر حقا فى التعويض قبل الشخص الذى أثرى على حسابه ؛ فمن تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده (م ١٨١ مدنى) ؛ والفضولى ، وهو من يتولى عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك ، كمن يتولى اصلاح جدار جاره الغائب اذا كان الجدار وشيك السقوط ، يتولد له نتيجة هذا الفعل المادى النافع للجار حق فى استرداد النفقات الضرورية والنافعة التى سوغت الظروف اتفاقها للقيام بهذا

---

(١) ولكن الأخذ بالشفعة يحتاج — كما سبق البيان — الى اعلان من جانب الشفيع عن ارادته فى ذلك ، وهذا يجعل الشفعة مؤلفة من عنصرين : عنصر الواقعة القانونية وهو يقوم على واقعة الجوار هنا بالاضافة الى حصول بيع العين المشفوع فيها وهو ما يعتبر واقعة مادية أو قانونية بالنسبة الى الشفيع ، وعنصر التصرف القانونى وهو اتجاه ارادة الشفيع الى الأخذ بالشفعة واعلانه ذلك ؛ فلا تعتبر الشفعة اذن واقعة قانونية خالصة وانما واقعة مركبة ؛ فى هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، هامش ص ١٣٣ — محمد سامى مذكور ، المرجع السابق ، ص ٢٢١ و ٢٢٢ ؛ وانظر كذلك سابقا ، ص ١٠٤٣ وهامش (٢) منها وص ١٠٤٤ .

(٢) يراعى أن الحيازة والاستيلاء ، وهما فى ذاتهما من الوقائع القانونية أو المادية ، ينطويان على ارادة فى التملك أو اكتساب الحق العينى ؛ ولذلك يعتبران من الوقائع المختلطة وان كان العمل المادى فيهما هو الغالب ( انظر : عبد الرزاق السنهورى ، الموضع السابق ؛ وكذلك سابقا ، ص ١٠٤٣ و ١٠٤٤ ) .



الاصلاح وفوائدها ، وفي التعويض عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل ( م ١٩٥ مدنى ) .

وقد تكون الواقعة القانونية كذلك مصدرا لانقضاء الحقوق . فهلاك الشيء ، وهو واقعة مادية ، يؤدى الى انقضاء الحق العينى الوارد عليه . وتنتهى الحقوق العينية الأصلية ، عدا حق الملكية « ١ » ، بعدم الاستعمال طوال خمس عشرة سنة وهو واقعة مادية ( م ٥٩٥ و ٩٩٨ و ١٠١١ و ١٠٢٧ مدنى ) . وتنتهى حقوق الدائنية بسكوت الدائن عن المطالبة بحقه طوال مدة معلومة تختلف بحسب الأحوال ( م ٣٧٤ مدنى وما بعدها ) . وكذلك تنقضى حقوق الدائنية أو الالتزامات المقابلة لها بوقائع قانونية أو مادية هي : القوة القاهرة التى يستحيل بها التنفيذ . واتحاد الذمة ( La confusion ) الذى تجتمع بمقتضاه صفة الدائن والمدين فى شخص واحد ( م ٣٧٠ مدنى ) . والمقاصة ( La compensation ) ، التى بمقتضاها يتقابل دينان محل كل منهما نقود أو مثليات متحدة فى النوع والجودة مع خلوهما من النزاع وكونهما مستحقى الأداء صالحين للمطالبة القضائية ، واقعة مادية « ٢ » تقضى الدينين بقدر الأقل منهما ( م ٣٦٢ مدنى وما بعدها ) .

وقد ترتب الواقعة القانونية آثارا أخرى ، فالقراءة قد تكون مانعا من موانع الزواج ، والجوار قد يحد من استعمال حق الملكية ، ونزع الحيازة قد يترتب عليه قطع التقادم ، وحالة القصر قد يترتب عليها وقف التقادم « ٣ » .

---

(١) انظر كتابنا فى الحقوق العينية الأصلية سالف الذكر ، فقرة ٥٧ .  
(٢) الأصل أن المقاصة فى ذاتها واقعة مادية أو قانونية خالصة ، وهذا هو الحال فى التقنين المدنى الفرنسى وما كان عليه الحال فى التقنين المدنى المصرى القديم . ولكن بعض الشرائع الحديثة ، كالتقنين المدنى الالماني والسويسرى والمصرى الجديد ، أصبحت تتطلب - فضلا عن واقعة المقاصة المادية - اعلان أحد طرفيها لأرادته فى التمسك بها ، وهو ما يجعل من المقاصة فيها اذن مصدرا مزدوجا مؤلفا من واقعة مادية ومن تصرف قانونى تصير به واقعة مركبة (انظر: عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٣ ، فقرة ٣٥٤ ، ص ٦٣٢) .  
(٣) عبد الرزاق السنهورى ، التصرف القانونى والواقعة القانونية ، ص ٤ .



## الفصل الثانى

### التصرف القانونى

#### ٣٩٥ - التصرف القانونى ، أهميته وآثاره .

سبق أن قلنا ان التصرف القانونى هو ارادة محضة متجهة الى احداث أثر قانونى ، وخاصة الى انشاء حق أو نقله أو تغييره أو انقضائه ، ورأينا ما يميزه على هذا النحو عن الواقعة القانونية وهى عمل مادى يرتب القانون عليه أثرا معينا ، وأهمية التمييز بينهما ونتائجه .

وقد حظى التصرف القانونى ، أو على الأصح العقد وهو صورته الرئيسية، بعناية الفقه التقليدى الذى أعطاه أهمية بالغة بالقياس الى الواقعة القانونية التى كادت تتلاشى أمامه . وقد كان هذا المسلك مردودا، فى جانب كبير منه، الى التأثير بالمذهب الفردى والمغالاة فيما يتفرع عنه من مبدأ سلطان الارادة مغالاة غير مقبولة تأدت بالبعض الى رد كل شىء الى الارادة وهى جوهر التصرف القانونى ، فالقانون انما يتولد من الارادة العامة فى الجماعة أو من العقد الاجتماعى ، والميراث يتولد من وصية ضمنية للمورث ، وحق المجتمع فى توقيع العقاب على المجرم يتولد من ارادة هذا المجرم ورضاه مقدما بالعقاب «١» .

واذا كان من الواجب التسليم بأهمية التصرف القانونى فى كل نواحى القانون وفروعه ، فلا ينبغى أن يكون ذلك على حساب الواقعة القانونية بما يكاد يحجبها أو يقلل من أهميتها ، فالواقعة القانونية والتصرف القانونى صنوان فى الأهمية من حيث ترتيب الآثار القانونية . وكذلك اذا كان من الواجب الاعتراف بقدرة الارادة على توليد الآثار القانونية المختلفة ودورها الكبير فى ذلك ، فينبغى أن يظل مفهوما — رغم ذلك — أن الارادة ليست

---

(١) انظر فى الاشارة الى منطق هذه المغالاة وفى تفنيده :

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٤٣ و ٤٤ .



مطلقة السلطان كل الاطلاق في ذلك ؛ فثم قيود ، غدت اليوم متزايدة ، تحد من هذا السلطان كما سنرى .

وعلى أى حال ، فينبغى أن يراعى أن الأهمية البالغة المعطاة في الفقه التقليدى للتصرف القانونى على حساب الواقعة القانونية ، انما كانت منصرفة في الواقع الى الصورة الرئيسية للتصرف القانونى . وهى العقد ، فلم يعن هذا الفقه بتأصيل نظرية عامة للتصرف القانونى في ذاته .

ومن الغريب أن المشرع المصرى قد ظل مشايخا لهذا الفقه في التقنين المدنى الجديد ، فأغفل — كما سبق البيان — صياغة نظرية عامة للتصرف القانونى وللواقعة القانونية من باب أولى . والواقع أن ما جرى عليه الفقه التقليدى من حصر التصرف القانونى «<sup>١</sup>» في نطاق نظرية الالتزام والنظر اليه باعتباره منشئا للالتزام فحسب دون غيره من الآثار القانونية ، هو من الأسباب الرئيسية التى أدت الى هذا المسلك من الاكتفاء بالتعرض لكل صورة من صور التصرف القانونى وخاصة العقد، دون محاولة استخلاص نظرية عامة للتصرف القانونى في ذاته تعنى بتأصيل القواعد الكلية التى تحكم التصرف القانونى على اختلاف صورته وتطبيقاته .

ولعله قد حان الوقت في القانون المصرى لاستخلاص مثل هذه النظرية، خاصة وأن الطريق في شأن التصرف القانونى أكثر تمهيدا منه في شأن الواقعة القانونية . ولكن ينبغى لادراك ذلك على خير وجه اخراج النظرية العامة للتصرف القانونى من نطاق نظرية الالتزام ووضعها موضعها الحق في القسم العام أو الباب التمهيدي من التقنين المدنى كما فعل المشرع الألمانى في مطلع هذا القرن «<sup>٢</sup>» . فالواقع أن التصرف القانونى ليس مولدا لحقوق الدائنية فحسب كما ينظر اليه عادة في نطاق نظرية الالتزام ، وانما هو — حتى في نطاق هذه النظرية — يؤدى كذلك الى ترتيب آثار أخرى كتعديل

---

(١) والواقعة القانونية كذلك .

(٢) ولكن ينبغى — كما سبق البيان — تفادى ما وقع فيه هذا المشرع من الاقتصار فحسب على نظرية التصرف القانونى دون نظرية الواقعة القانونية .



الالتزام وانهاؤه «١» ، كما يتولى — خارج نطاق هذه النظرية — توليد حقوق أخرى غير حقوق الدائنية وتعديلها ونقلها وانقضاءها وترتيب آثار أخرى غير ذلك؛ مما يجعله عاما من حيث الحقوق التي يولدها والآثار الأخرى التي يربتها ، وينهض حجة لصياغة نظرية عامة له لا تنحصر في نطاق بعض الحقوق دون بعض كما تنحصر الآن في نطاق نظرية الالتزام •

فالتصرف القانوني يعتبر مصدرا مولدا لكثير من الحقوق • فعقد الزواج ، وهو تصرف قانوني ، يولد حقوق الأسرة وفق النظام القانوني للأسرة • والعقد بوجه عام — وهو تصرف قانوني بإرادتين — يولد حقوق الدائنية أو الالتزامات ؛ وكذلك يولد الوعد بجائزة ، وهو تصرف قانوني بإرادة منفردة ، حقا من حقوق الدائنية لمن يقوم بالعمل المتعلق به الوعد (م ١/١٦٢ مدني) • وكذلك يعتبر التصرف القانوني — مثلا في العقد بوجه عام وهو تصرف قانوني بإرادتين ، وفي الوصية وهي تصرف بإرادة منفردة — مصدرا مولدا أو مكسبا للحقوق العينية الأصلية ؛ غير أن قدرته في هذا الشأن قد أصبحت محدودة مقيدة في توليد الحقوق العينية الأصلية الواردة على عقار ، إذ يعلق المشرع انشاء مثل هذه الحقوق ( بل ونقلها أو تغييرها أو زوالها كذلك ) على شهر التصرفات المثبتة لذلك عن طريق التسجيل ( م ٩ من قانون الشهر العقاري ) ، حتى ليكن أن يقال ان مصدر الحقوق العينية الأصلية العقارية مصدر مزدوج أو واقعة مركبة تتألف من العقد وهو تصرف قانوني ومن التسجيل وهو واقعة قانونية أو مادية «٢» • وكذلك يعتبر العقد مصدرا لبعض الحقوق العينية التبعية وهي الرهن بنوعيه الرسمي والحيازي •

وكذلك يؤدي التصرف القانوني الى نقل الحقوق وانقضائها. فحقوق

---

(١) في هذا المعنى :

محمود أبو عافيه ، الرسالة السابقة ، ص ٣٠٣ •

(٢) في هذا المعنى :

محمد سلمي مذكور ، المرجع السابق ، ص ٢٢٣ •



الدائنية يمكن نقلها عن طريق الحوالة، وهي اتفاق أو تصرف قانوني بين الدائن وأجنبي بمقتضاه يحول الدائن لهذا الأجنبي ما له من حق في ذمة المدين (م ٣٠٣ مدني) . والحق الشخصي أو حق الدائنية ينقضي بالتجديد ، وهو تصرف قانوني أو اتفاق بين الدائن والمدين أو بين الدائن والمدين وأجنبي على استبدال حق أو دين جديد بحق أو دين قديم مما ينقضي به الحق أو الدين القديم وينشأ الحق أو الدين الجديد (م ٣٥٢ مدني وما بعدها) ، وينقضي حق الدائنية كذلك بالإبراء ، وهو تصرف قانوني بإرادة منفردة ينزل الدائن بمقتضاه عن حقه قبل المدين دون مقابل (م ٣٧١ و ٣٧٢ مدني) . والحق العيني ينقضي بتنازل صاحبه عنه ، وهو تصرف بإرادة منفردة .

وكذلك قد يرتب التصرف القانوني آثارا أخرى . فهو يتخذ وسيلة لتأكيد حق ثابت أصلا وجعله باتا غير قابل للنقض ، كقبول الموصي له الوصية «١» ، وقبول المنتفع ما اشترط لمصلحته «٢» ، وهو في الحالتين تصرف بإرادة منفردة . وقد يتخذ التصرف القانوني وسيلة لتصحيح تصرف سابق قابل للإبطال عن طريق الإجازة ممن شرع الإبطال لمصلحته ؛ أو لتغيير الوصف الذي يتصرف بمقتضاه الغير ، كإقرار رب العمل لتصرف الفضولي بحول الفضولي الى وكيل ؛ وكل من الإجازة والإقرار كذلك تصرف بإرادة منفردة «٣» . وكذلك فإرادة الواقف تنشئ الوقف كشخص اعتباري . وإرادة المنشئ المنفردة بالإضافة الى تسجيل السند الرسمي أو الوصية المثبتة لذلك ، تنشئ المؤسسة وتكسبها الشخصية الاعتبارية «٤» ، وهو ما يعني أن هذا

---

(١) تنص المادة ٢٠ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على أنه « تلزم الوصية بقبولها من الموصي له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصي . . . » . وتنص المادة ٢١ من نفس القانون على أنه « اذا مات الموصي نه قبل قبول الوصية أو ردها ، قام ورثته مقامه في ذلك » .

(٢) انظر في ذلك : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ٣٨٣ .

(٣) عبد الرزاق السنهوري ، التصرف القانوني والواقعة القانونية ص ٣ . - اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ١٩٥٨ ، ص ١٤٧ .

(٤) انظر سابقا ، ص ١٠٠١ و ١٠٠٣ .



الأثر انما يترتب في الواقع على واقعة مركبة تتألف من تصرف قانوني بإرادة الانشاء ومن واقعة مادية أو قانونية بإجراء التسجيل «١» .

وإذا كانت الأمثلة السابقة كلها تدخل في نطاق القانون المدني أو القانون الخاص بوجه عام ، فلا يعنى ذلك أنه لا دور للتصرف القانوني في نطاق القانون العام ؛ بل دوره فيه كذلك كبير وأهميته بالغة، ويكفى للدلالة على ذلك التمثيل له في نطاق القانون العام الداخلى بالتشريع ، واللوائح أو القرارات الادارية التنظيمية ، والقرارات الادارية الفردية ( مثل تعيين أو فصل موظف ، أو قبول طلب تجنس ) ، والأحكام القضائية ؛ وبالمعاهدات في مجال القانون الدولي ؛ فهذه كلها تصرفات قانونية تولد حقوقا أو تكشف عنها وتؤكد لها أو تنتج آثارا قانونية أخرى مختلفة .

### ٣٩٦ - أنواع التصرف القانوني وأقسامه

يتنوع التصرف القانوني تنوعا كبيرا وينقسم أقساما عدة بتعدد الأوجه التي ينظر اليه من خلالها . وقد سبق أن أشرنا الى أن التصرف القانوني اذا نظر اليه من حيث الأثر الذي يعود به على صاحبه أو أصحابه قد يكون نافعا نفعيا محضا أو ضارا ضارا محضا أو دائرا بين النفع والضرر ، ورأينا كذلك ما يثيره هذا التقسيم من أهمية وخاصة في شأن ناقصى الأهلية وتحديد ما يملكون اجراءه من تصرفات «٢» .

ويتفرع هذا التقسيم في الواقع عن تقسيم آخر للتصرف القانوني الى تصرف بعوض (acte à titre onéreux) يأخذ فيه المتصرف مقابلا لما يعطى كالبيع والمقايضة والايجار ، وتصرف على سبيل التبرع (acte à titre gratuit) يعطى به المتصرف دون مقابل كالهبة والوصية ؛ وتبدو أهمية هذا التقسيم خاصة في أن تصرف المدين على سبيل التبرع لا ينفذ في حق الدائن

---

(١) قارن مع ذلك :

اسماعيل غانم ، الموضع السابق .

(٢) راجع سابقا ، ص ٧٩٤ وما بعدها .



ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ولو ثبت أن المدين لهم يرتكب غشاً،  
بينما اذا كان تصرف المدين بعوض اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن  
يكون منظوياً على غش من المدين وأن يكون من صدر له التصرف على علم  
بهذا الغش ( م ٢٣٨ مدني ) •

وينقسم التصرف القانوني كذلك ، بالنظر الى وقت نفاذه وترتيب  
آثاره، الى **تصرف فيما بين الأحياء** (acte entre vifs) و**تصرف مضاف الى**  
**ما بعد الموت** (acte à cause de mort) . والأول ، كالبيع والايجار والهبة ،  
وهو الأصل في التصرفات ، ينفذ في الأصل في حياة صاحبه أو أطرافه أو  
لا يعلق نفاذه على موته أو موتهم ؛ بينما الثاني ، كالوصية ، يعلق نفاذه  
وترتيبه لآثاره على تحقق هذا الموت . وتبدو أهمية هذا التقسيم في أن  
للمتصرف بتصرف مضاف الى ما بعد الموت حق الرجوع في تصرفه قبل  
وفاته ( م ١٨ من قانون الوصية ) ؛ وفي أن مثل هذا المتصرف ليس مطلق  
الحرية في تصرفه حتى لا يضر بورثته ، ولذلك يحدد المشرع عادة نصاباً  
ينحصر التصرف في حدوده ، ومن ذلك أن الوصية صحيحة وناقذة في حدود  
ثلث التركة ، أما فيما يجاوز حدود هذا الثلث فلا تنفذ الا بإجازة الورثة  
بعد وفاة الموصى ( م ٣٧ من قانون الوصية ) •

غير أن ثم تقسيمات أخرى للتصرف القانوني ينبغي أن نعرض لها ببعض  
التفصيل بالنظر الى أهميتها ودقتها ، هي تقسيم التصرف من حيث تكوينه  
ومن يصدر عنه الى تصرف من جانب واحد وتصرف من جانبين ، وتقسيمه  
من حيث دوره ووظيفته الى تصرف منظم وتصرف شرطي وتصرف شخصي  
أو ذاتي ، وتقسيمه من حيث أثره في الحقوق الى تصرف منشئ وتصرف  
كاشف • فنبين فيما يلي أساس كل تقسيم منها وأهميته •

**١ - التصرف من جانب واحد والتصرف من جانبين :** قد يكفي لقيام  
التصرف القانوني وجود ارادة واحدة أو صدوره من شخص واحد يعمل



بوصف واحد «١» ، فيقال انه تصرف من جانب واحد أو تصرف بإرادة منفردة ؛ كالايصاء ، والوقف ، والنزول عن الحق العيني ، والوعد بجائزة ، وقبول المنتفع ما اشترط لمصلحته ، وقبول الموصى له الوصية ، واجازة العقد القابل للإبطال ، واقرار رب العمل تصرف الفضولي ، والقرار الإداري . وقد يتطلب انعقاد التصرف القانوني توافق ارادتين ( أو أكثر ) على انتاج الأثر القانوني ، فيقال انه تصرف من جانبين وهو ما يعرف باسم العقد أو الاتفاق «٢» ، مثل عقد البيع والإيجار والعمل والمقاوله ، وحوالة الحق ، وتجديد الدين .

ويشيع في فقه القانون العام ، وعند بعض فقهاء خاصة مثل «ديجي» «٣» ، انكار وصف العقد أو الاتفاق على بعض التصرفات القانونية المنعقدة بإرادتين أو أكثر ؛ مثل عقد الزواج بحجة أن طرفيه لا يملكان تحديد آثاره ، بل القانون هو الذي يستقل بهذا التحديد ويخضع الأزواج جميعا لما يضعه من نظام عام موحد للزواج ولحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة ؛ وعقد الشركة بحجة أنه ينظم مصالح موافقة — لا متعارضة كما هو الأصل — لأطرافه ، ويولد التزامات متماثلة متبادلة بينهم ؛ وعقد العمل الجماعي (Le contrat collectif ou la convention collective de travail) الذي يبرم بين نقابات

---

(١) فيخرج عن أن يكون تصرفا بإرادة منفردة التصرف الذي يصدر من شخص واحد يعمل بوصفين مختلفين في نفس الوقت ، وتلك يعتبر عقدا تعاقد الشخص مع نفسه باسم من ينوب عنه ( راجع في أحكام تعاقد الشخص مع نفسه : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٩٥-٩٧ ) .

(٢) يجري بعض الفقهاء على التمييز بين الاتفاق والعقد باعتبار الأول هو الجنس واثاني هو النوع ؛ قولا بأن الاتفاق هو توافق ارادتين أو أكثر على انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه ، أما العقد فتوافق الارادة فيه قاصر على انشاء الالتزام أو نقله فحسب . ولكن التفرقة بين العقد والاتفاق على هذا النحو غير ذات أهمية ، ولذلك يجري العمل على عدم التمييز بينهما واستعمال أيهما في الدلالة على نفس المعنى من القدرة على انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه ( في هذا المعنى : عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرات ٣٦ و ٣٧ ) .

(٣) Duguit, op. cit., t. I, § 37 — § 40, pp. 367 — 425



العمال وأرباب الأعمال بحجة أنه لا ينشئ مراكز شخصية بقدر ما يحدد من مراكز موضوعية ويضع أصولا وقواعد قانونية لتنظيم شروط العمل في حرفة أو مهنة معينة ، وأنه بالتالى يسرى على كل أفراد هذه الحرفة أو المهنة دون اقتصار على أطرافه الأصليين فحسب ؛ وإقرار المساهمين في شركات المساهمة لأول نظام للشركة يضعه ويقترحه المؤسسون ، وما يصدر من قرارات عن الجمعيات العمومية أو مجالس الإدارة في الجمعيات والشركات ، بحجة أن ذلك لا يعدو أن يكون مجموعا من الارادات الفردية المنضمة بعضها الى بعض بقصد اتخاذ قرار لتحقيق أو حماية نفس الصالح .

وأيا كان ما يطلق على مثل هذه التصرفات من تسميات مختلفة كالتصرفات الجماعية (actes collectifs) والتصرفات الاتحادية (unions) ، ورغم ما يوجد من أوجه اختلاف غير منكور بين هذه التصرفات وبين النموذج العادى التقليدى للعقد أو الاتفاق مما يبرر إخضاعها من هذه الوجوه لقواعد خاصة ، فيبقى أن فكرة الاتفاق يمكن أن تتسع لهذه الأشكال والصور جميعا اذا أخذنا اصطلاح الاتفاق بمعناه الأعم من كل توافق ارادتين أو أكثر على احداث أثر قانونى «<sup>١</sup>» .

## ٢ - التصرف المنظم والتصرف الشرطى والتصرف الشخصى : يرجع

الفضل فى هذا التقسيم الى فقهاء القانون العام أساسا «<sup>٢</sup>» ، ولذلك أتيح له أن يستقر فى فقه القانون العام قبل فقه القانون الخاص ، وان كان يأخذ طريقه اليوم للدخول الى هذا الفقه الأخير «<sup>٣</sup>» .

---

(١) فى هذا المعنى :

Gény, Science et technique, t. IV, pp. 210, 211.

(٢) انظر فى ذلك خاصة :

Duguit, op. cit., t. I, § § 29, 31, pp. 307 - 315, 325 - 331. — Réglade, Valeur sociale et concepts juridiques, pp. 103 - 105.

(٣) انظر فى ذلك خاصة :

Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 70, pp. 66 - 68.



وهذا التقسيم مبنى على اختلاف دور التصرف القانونى ووظيفته ، وهو ما ينعكس أثره كذلك على مدى آثاره •

فحيث يكون دور التصرف هو وضع قواعد قانونية عامة مجردة ابتداء أو التعديل فى القائم من مثل هذه القواعد ، يكون التصرف القانونى منظما (acte — règle) ؛ مثل التشريع العادى واللوائح الادارية ، وعقد العمل الجماعى ، ونظم الجمعيات والشركات •

وحيث يكون دور التصرف القانونى منحصرافى أن يكون وجوده شرطا أوليا لازما لأعمال أحكام نظام قانونى عام على شخص من الأشخاص ، أو لوضع هذا الشخص فى مركز ينظمه ويحكمه القانون مباشرة ، يكون التصرف شرطيا (acte — condition) ؛ فمثل هذا التصرف اذن لا يملك بذاته تحديد آثاره وانما يحددها القانون وحده مباشرة ، بحيث لا يكون وجود التصرف الا تمهيدا وشرطا لأعمال أحكام القانون وتطبيق نظام قانونى معين على شخص أو أشخاص يعينهم التصرف • ومن أمثلة التصرف الشرطى: قرار تعيين الموظف ، وقبول التجنس ، وعقد الزواج • فقرار تعيين موظف عام فى وظيفة معينة ليس هو الذى يحدد مركزه القانونى ، وانما يكون مجرد شرط أولى لازم لتطبيق نظام الموظفين عليه ، وهو نظام مستقل القانون بتحديدده • وقرار قبول تجنس شخص معين ليس هو الذى يحدد مركزه وانما القانون هو الذى يحدده ، فلا يكون هذا القرار الا شرطا لازما لوضع هذا الشخص فى مركز التجنس واخضاعه للنظام القانونى للمتجنسين • وعقد الزواج الذى ينقصد بين زوجين معينين ليس هو الذى يحدد حقوقهما وواجباتهما المتبادلة ، وانما هو الشرط الأولى اللازم لتطبيق النظام القانونى للأزواج عليهما •

وحيث يكون دور التصرف القانونى انشاء مركز شخصى لأطرافه ، أى مركزا خاصا مؤقتا ، يعين التصرف نفسه مداه ويحدد آثاره ، يكون التصرف شخصا أو ذاتيا (acte subjectif) ، مثل الوصية ، وعقد البيع والايجار والهبة والعارية والوديعة •



ويراعى فى شأن هذا التقسيم أن الحد الفاصل بين التصرف الشخصى والتصرف الشرطى ليس بالقاطع ، وأنه يدع مجالاً للتداخل والاختلاط بين نوعى التصرف ، حيث يضيق مدى سلطان الإرادة ويصبح جانب غير قليل من آثار بعض التصرفات القانونية محددًا ومحكومًا مقدّمًا بمجموع من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام « ١ » ، وهو ما يكثر فى العصر الحديث خاصة أمام ازدياد تدخل الدولة وهيمنتها على توجيه الاقتصاد الوطنى « ٢ » .

ولكن إلى جوار ذلك، نراعى ما تثيره التصرفات المنظمة من أهمية بالغة من حيث مدى اعتبارها مصدرًا من مصادر القانون « ٣ » ؛ إذ يقال أنه ما دامت مثل هذه التصرفات تضع أو تعدل قواعد عامة مجردة، فلازم ذلك أنها تضع قواعد قانونية بالمعنى الصحيح . وإذا كان لا خلاف على اعتبار التشريع عموماً (دستوراً كان أو قانوناً أو لائحة) ، وهو من التصرفات القانونية، مصدرًا للقواعد القانونية؛ فيبقى أن التصرفات الأخرى التى تضرب مثلاً للتصرفات المنظمة، كعقد أو اتفاق العمل الجماعى وأنظمة الجمعيات والشركات والنقابات ولوائحها الداخلية وعقود الإذعان المفروضة بصورة موحدة من الطرف الأقوى على كل من يتعاقد معه ، تثير خلافاً حول اعتبارها كذلك . ولكن يبدو أن من الواجب عدم اعتبار أى من هذه التصرفات مولداً لقواعد قانونية إلا إذا كان من الثابت صدوره أولاً ممن يملك الإلزام بقواعد قانونية ؛ وتوافره ثانياً على صفة مؤكدة من العموم والتجريد ، بانصرافه إلى طائفة من الأشخاص معينين بوصفهم لا بذاتهم ، وصلاحيته للتطبيق فى الحال والاستقبال على كل من يتوافر فيه هذا الوصف ، وهو ما يقتضى توجيهه بالخطاب والإلزام إلى غير أطرافه كذلك وخروجه بالتالى على الأصل من مبدأ نسبية آثار التصرفات القانونية .

---

(١) Marty et Raynaud, op. cit., t. I. No. 122, p. 211

(٢) Colin, Capitant et De La Marandière, op. cit., t. I, No. 70, p. 67.

(٣) انظر فى ذلك :

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 124, pp. 212 - 214.



٣ - **التصرف المنشئ والتصرف الكاشف** : يقوم هذا التقسيم على أساس تفاوت أثر التصرف القانوني في الحقوق ، فقد يكون هذا الأثر انشاء للحقوق وقد يكون كشفا وتقريراً لها ؛ ولذلك فالتصرف القانوني من هذا الوجه اما تصرف منشئ (acte constitutif) واما تصرف كاشف أو مقرر (acte déclaratif)

اما **التصرف المنشئ** ، وهو الغالب في التصرفات ، فهو الذي من شأنه انشاء حق لشخص من الأشخاص - ابتداء أو انتقالاً - والتصرف المنشئ ابتداء هو الذي يخلق حقاً جديداً أصلاً ؛ كعقد الزواج ينشئ لكل من الزوجين قبل الآخر - نتيجة إخضاعهما لنظام الزواج القانوني - حقوقاً مبتدأة ، والحكم القضائي بتطليق الزوجة على زوجها ينشئ للزوجة - وأحياناً للزوج - حقوقاً مبتدأة كذلك . والتصرف المنشئ انتقالاً هو الذي ينقل أو يحول حقاً قائماً أصلاً من صاحبه الأصلي الى صاحب جديد ، كعقد البيع أو الهبة ينشئ للمشتري أو للموهوب له حقاً في ملكية المبيع أو الشيء الموهوب بنقله اليه من البائع أو الواهب ، وينشئ للبائع حقاً في الثمن بنقله اليه من المشتري .

فيكون الفارق اذن بين التصرف المنشئ ابتداء والتصرف المنشئ انتقالاً أن الحق في الأول - على خلاف الحال في الثاني - لا ينتقل من صاحب أصلي قديم الى صاحب الحال المعين في التصرف . وهذا هو الذي يكمن وراء ما يشيع في الفقه من قصر اصطلاح «التصرف المنشئ» على التصرف المنشئ ابتداء وحده ، واطلاق اصطلاح «التصرف الناقل» (acte translatif) على التصرف المنشئ انتقالاً . ولكن يبدو أنه - على الأقل - في مجال المقارنة والمقابلة بين هذين النوعين من التصرف من ناحية وبين التصرف الكاشف أو المقرر من ناحية أخرى ، ليس من حرج في الاكتفاء باصطلاح «التصرف المنشئ» وصرفه الى الانشاء على سبيل الابتداء والانتقال على السواء ، فهو يستوعبهما معا ويفيد ما يتحدان فيه من معنى انشاء حق لم يكن للشخص من قبل سواء كان ثابتاً أو غير ثابت أصلاً لغيره .



**واما التصرف الكاشف او المقرر (acte déclaratif) «١» ، فليس من شأنه انشاء حق لشخص من الأشخاص لا ابتداء ولا انتقالا ؛ وانما هو يفترض أصلا وجود حق قائم من قبل مترتبا على تصرف منشيء سابق ، ولكن هذا الحق يعترضه من العقبات ما يجعله غير فعال ، فقد يرد على وجوده الانكار ، أو تكون بعض عناصره — رغم التسليم بوجوده — محل منازعة ، أو يرد عليه من الوصف ما يضعه ويحد من مباشرته ، فيحتاج إذن الى التحرر مما يثقله من هذه القيود والعقبات بما يطلق له كامل مفعوليته ، والتصرف الكاشف هو الذي يحقق له ذلك . فالتصرف الكاشف إذن هو الذي يسمح لحق سابق غير فعال باتتاج كل آثاره «٢» ، أو هو الذي يطلق لحق سابق كامل مفعوليته بتحريره مما كان يعترضها من عقبات .**

(١) راجع في ذلك خاصة :

Chevallier, De l'effet déclaratif des conventions et des contrats, Thèse, Rennes, 1932. — Boyer, La notion de transaction, contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif. Thèse, Toulouse, 1947. — Merle, Essai de contribution à la théorie générale de l'effet déclaratif, Thèse, Toulouse, 1949.

اسماعيل غانم ، الحقوق العينية الأصلية ، الجزء الأول ، حق الملكية ، ١٩٥٨ ، فقرة ٩١ وما بعدها . — وكذلك كتابنا في الحقوق العينية الأصلية سالف الذكر ، فقرة ١٣١ ، ص ٣٧٥ — ٤١٤ .

(٢) Merle, thèse précitée, Nos. 219, 254

وقد انتهى انفع الحديث بهذا التعريف الى انكار اقتصار التصرف الكاشف على المدلول المحدود الذي كان ينسبه اليه الفقه التقليدي والذي كان يتضاءل به الى أن يكون مجرد تصرف اقراري أو اعترافي (acte recognitif) يقتصر على الاعتراف بحق سابق دون تغيير في عناصره ، واستقر على توسعة مدلول اصطلاح « التصرف الكاشف » بما يتفق مع حقيقة وظيفته بحيث يكون من شأنه — رغم الاستناد الى حق سابق — التغيير في بعض عناصره بما يبدد ما كان يحوطه من غموض أو يرفع ما كان يعترضه من عقبات ( انظر في ذلك :

Hébraud, A propos d'une forme particulière de copropriété, la copropriété par appartements, Revue trimestrielle de droit civil, 1938, pp. 62 66. — Boyer, thèse précitée, p. 361. — Merle, thèse précitée, Nos. 219 - 221.

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، فقرة ٩٢ ، ص ٢١٠ و ٢١١ . — كتابنا سالف الذكر ، ص ٣٨٠ — ٣٨٣ .



والاعتراف بالبنوة الطبيعية ، والأحكام القضائية في الأصل ، والصلح ،  
والقسمة أمثلة بارزة على التصرفات القانونية السكاشفة التي ترد على حق  
سابق كامل مفعوليته بما تحمله له من عناصر التأكيد أو القوة أو تحديد  
المضمون أو المحل التي كان يفتقدها .

فالاعتراف بالبنوة الطبيعية ، في الشرائع التي تبيح هذا الاعتراف ،  
هو السند اللازم الذي كانت تفتقده البنوة الطبيعية القائمة أصلاً لتتاج  
آثارها القانونية «١» .

والأحكام القضائية أحكام كاشفة في الأصل «٢» ، لأنها إنما تعترف  
بحق سابق محل منازعة في وجوده أو في بعض عناصره وتعطيه ما كان يفتقد  
من تأكيد أو قوة أو تحديد «٣» .

والصلح كذلك تصرف كاشف ، إذ هو عقد يحسم به الطرفان نزاعاً  
قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً بأن ينزل كل منهما عن جزء من ادعائه معترفاً  
للآخر فيما عدا ذلك بما يدعيه . فالصلح إذن ليس هو المصدر المنشئ لحق  
كل من المتصالحين إذ هو سابق على الصلح ، وإنما يكشف الصلح عن سبق  
وجود هذا الحق ويحدده على النحو الذي تنتفي به المنازعة فيه فيكسبه  
ما كان ينقصه — نتيجة هذه المنازعة — من تأكيد .

وقسمة المال الشائع كذلك تصرف كاشف ، فهي لا تنشئ لكل متقاسم  
حقاً جديداً لم يكن له من قبل ، وإنما تكشف عن حقه القائم أصلاً منذ  
الشيوع وبنفس سنده «٤» ، ولكن مع تحريره مما كان يثقل مباشرته في

---

(١) انظر في ذلك :

Merle, thèse précitée, No. 20.

(٢) ولكن استثناء من ذلك توجد بعض أحكام قضائية منشئة ، مثل  
الحكم بانتطيق والحكم بالرجوع في الهبة ، والحكم برسو المزداد .

(٣) انظر في ذلك :

Merle, thèse précitée, No. 71.

(٤) فإذا كان الشيوع نتيجة تركة ورثها الشركاء معاً أو اشتراك منهم  
في شراء الشيء الشائع ، فيظل سند حق كل شركة متقاسم بعد القسمة هو  
سنده قبلها من الميراث أو عقد البيع .



ظل الشيوع من قيود التزامهم بين الشركاء ، وذلك عن طريق تقسيم الشيء الشائع وافراز نصيب مادي منه لكل شريك متقاسم بما يساوى حصته الرمزية «١» في الشيوع ، بحيث يستأثر عليه وحده بكامل سلطات حقه دون مشاركة أو مزاحمة من الباقين . فحق الشريك القائم أصلا منذ بدء الشيوع هو بذاته الذي يستمر قائما بعد القسمة ، ولكن مع تركيز محله في جزء مادي مستقل من الشيء الشائع ومساو لحصة الشريك الرمزية بعد أن كان — طوال الشيوع — واردا هو وحقوق باقى الشركاء في نفس الوقت على الشيء الشائع جميعه . والقسمة — بما تجريه من تجزئة للمحل الكلى وانكماش في محل حق كل شريك متقاسم — انما تحول وصف هذا الحق من حق شائع الى حق استثنائى يخلص لصاحبه وحده ، وتطلق له بذلك كامل مفعوليته التى كان يحد منها التزام حقوق الشركاء وقت قيام الشيوع على نفس المحل وتقييد مباشرتها بالتالى تقييدا متبادلا «٢» .

وتبدو أهمية التفرقة بين التصرفات المنشئة والتصرفات الكاشفة من حيث أثر التسجيل خاصة «٣» . فبينما يجب تسجيل التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية الأصلية العقارية لكى تنتج هذه التصرفات أثرها فيما بين

(١) كالتصف أو الثلث أو الربع .

(٢) راجع فى ذلك كتابنا سالف الذكر ، ص ٣٨٢ و ٣٨٣ .

(٣) وكذلك تبدو هذه الأهمية فى أن التصرفات الكاشفة لا تصلح سببا صحيحا لاكتساب الحقوق العينية بالتقادم القصير ، لأن السبب الصحيح هو تصرف من شأنه نقل الحق لو أنه كان صادرا من صاحب الحق أى أنه فى طبيعته تصرف منشئ ولا يعيبه إلا صدوره من غير صاحب الحق (انظر فى ذلك: اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، ج ١ ، فقرة ١٠٠ ، ص ٢١٨ و ٢١٩ . — كتابنا سالف الذكر ، ص ٣٨٣ ) .

وقد كان انقعه التقليدى يرتب كذلك أهمية أخرى على التفرقة بين انتصرفات المنشئة والتصرفات الكاشفة من حيث تميز الأخيرة بأثرها الرجعى . وليس هنا مجال الدخول فى مناقشة هذا الفقه تفصيلا ، ويكفينا أن نقول أن ما يقيمه من ترادف بين الأثر الرجعى والتصرف الكاشف ليس إلا محض افتراض وأنه ليس فى طبيعة التصرف الكاشف ما يحتم رجعيته (انظر خاصة فى نفى الأثر الرجعى للقسمة باعتبارها تصرفا كاشفا: اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرات ٩١ و ١١٠-١١٣ . كتابنا سالف الذكر، فقرة ١٣١، ص ٣٩٤-٤١١) .



ذوى الشأن أو بالنسبة الى الغير ، تنتج التصرفات الكاشفة أو المقررة لحق من الحقوق العينية الأصلية العقارية أثرها فيما بين أطرافها دون حاجة الى تسجيل ولكن لا يمكن الاحتجاج بها على الغير الا بتسجيلها ( م ٩ و ١٠ من قانون الشهر العقارى ) •<sup>٤</sup>

فعقد بيع عقار — وهو تصرف منشىء — لا يرتب أثره من نقل الملكية، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة الى الغير ، الا بالتسجيل ، بحيث يظل المبيع — الى أن يتم التسجيل — على ملك البائع ولا يكون للمشتري قبله الا مجرد حق شخصى أو حق دائنية •

أما قسمة عقار شائع — وهى تصرف كاشف — فتنتج أثرها فيما بين المتقاسمين منذ تمامها دون توقف على تسجيلها ، بحيث يعتبر كل متقاسم فى مواجهة باقى المتقاسمين مالكا منذ القسمة ملكية مفرزة للنصيب المقسوم له • ولكن ضرورة حماية الغير أمام عدم تغير سند حق المتقاسم بالقسمة وتغير أو تركيز محل حقه بها ، تقتضى استلزام تسجيلها لا مكان الاحتجاج بما تحدثه من تغيير وتعديل على الغير «<sup>١</sup>»، ولذلك لا يستطيع المتقاسم الاحتجاج على الغير بالملكية المفرزة لنصيبه المقسوم له الا بعد تسجيل القسمة ، بحيث يكون للغير — قبل حصول هذا التسجيل — تجاهل القسمة وما أحدثته من افراز واعتبار وضع الشيوع ما يزال قائما «<sup>٢</sup>» •

(١) ولكن اذا كان تسجيل القسمة لازما لا مكان الاحتجاج بها على الغير، فينبغى أن يراعى أن هذا التسجيل انما شرع كاجراء لحماية الغير لا لحماية المتقاسمين ؛ ولذلك اذا كان المتقاسمون لا يملكون الاحتجاج على الغير بالقسمة عند عدم تسجيلها ، فيملك الغير الاحتجاج بها عليهم رغم عدم التسجيل اذا كانت له مصلحة فى هذا الاحتجاج (راجع فى ذلك كتابنا سالف الذكر، ص ٢٨٦، والاشارة فيها الى احكام محكمة النقض المستقرة على هذا المبدأ) •

(٢) فاذا باع أحد المتقاسمين رغم تمام القسمة نصيبه شائعا فى العقار المقسوم ، وسجل المشتري عقد البيع قبل تسجيل القسمة ، فلا يستطيع باقى المتقاسمين أن يحتجوا عليه بالقسمة ما دام قد تلقى حقه قبل تسجيلها وأصبح بذلك شريكا محل الشريك البائع اذ ما يزال وضع الشيوع قائما فى مواجهته ، ويكون له على هذا الأساس أن يطلب الحكم بتثبيت ملكيته للحصة الشائعة المباعة وأن يطلب إعادة اجراء القسمة من جديد اذا أراد ( فى هذا المعنى : اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٩٤ ، ص ٢١٣-٢١٤ ، واحكام النقض التى يشير اليها فى هامش (٢) من ص ٢١٣ ) •



### ٣٩٧ - مبدأ سلطان الإرادة وقيوده

إذا كان التصرف القانوني إرادة محضة متجهة إلى أحداث أثر قانوني ، فمقتضى ذلك الاعتراف للإرادة بالقدرة على توليد الآثار القانونية ، وخاصة إنشاء الحقوق ونقلها وتغييرها وانقضاءها ؛ ويعبر عن ذلك بمبدأ سلطان الإرادة . ولكن من الواضح أنه ليس للإرادة مثل هذا السلطان إلا إذا كانت كاملة صادرة من ذي أهلية ، وكانت صحيحة مبرأة من عيوب الغلط أو التدليس والاكراه والاستغلال ( م ١٢١ - ١٣٠ مدني ) ، وكان لها محل وسبب مشروع ( م ١٣٥ و ١٣٦ مدني ) .

وقد سبقت الإشارة إلى ما كان لا يتصور المذهب الفردي من أثر في المغالاة في إطلاق مبدأ سلطان الإرادة «١» ومحاولة رد جل الآثار القانونية - إن لم يكن كلها - إلى الإرادة «٢» . ولكن لم تلبث هذه المغالاة أن تكشفت بـ أمام تطور الحياة الاقتصادية - عن نتائج ظالمة ، إذ صار مبدأ سلطان الإرادة سلاحاً في يد الأقوياء يتحكمون به في الضعفاء باسم حرية الإرادة وسلطانها ، مما مهد لمغالاة عكسية من جانب المذهب الاجتماعي في إهدار سلطان الإرادة أمام سلطان الجماعة والقانون تحقيقاً للصالح العام «٣» .

غير أنه إذا كانت المغالاة في إطلاق مبدأ سلطان الإرادة ليست بالمقبولة ولا العادلة ، فكذلك المغالاة في إهداره ليست بالمأمونة العواقب . لذلك يتخذ المشرع المصري موقفاً وسطاً بين المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي في هذا الشأن «٤» ، فيقرر في الأصل مبدأ سلطان الإرادة ، ثم يورد عليه من القيود ما يتوقى به خطر إطلاقه ولكن دون أن ينتهي إلى الغائه . ومبدأ سلطان الإرادة ، في الواقع ، له وجهان متقابلان : كفاية الإرادة لإنشاء التصرف القانوني من ناحية ، وقدرة الإرادة واستقلالها بتحديد ما يترتب

(١) انظر سابقاً ، ص ٢٠١-٢٠٣ .

(٢) انظر سابقاً ، ص ١٠٥٦ .

(٣) انظر سابقاً ، ص ٢٠٦ و ٢٠٧ .

(٤) راجع سابقاً ، ص ٢١٢-٢١٤ .



على التصرف من آثار قانونية من ناحية ثانية. فنعرض لكل من الوجهين وقيوده فيما يلي :

**١ - كفاية الإرادة لانشاء التصرف القانوني :** اذا كان مقتضى مبدأ سلطان الإرادة أن مجرد الإرادة وحدها تكفي لانشاء التصرف القانوني دون شكليات معينة تصحبها كما كان الحال في بعض الشرائع القديمة كالقانون الروماني ، فان قاعدة الرضائية هذه ليست مطلقة. فثم تصرفات قانونية يحتم المشرع لنشوتها وانعقادها «<sup>١</sup>» افرانها في شكل معين من الأشكال ، بحيث يترتب على تخلف هذا الشكل بطلان التصرف نفسه بطلانا مطلقا ، كاشتراط أن تتم هبة العقار والرهن الرسمي وانشاء الوقف وانشاء المؤسسة حال حياة المنشئ بورقة رسمية ، أو اشتراط أن يتم انعقاد التصرف بورقة مكتوبة عرفية ، كما في نظام الجمعيات والشركات والتصرف في الحق المالي للمؤلف .

**٢ - قدرة الإرادة على تحديد الآثار القانونية واستقلالها بذلك :** مقتضى مبدأ سلطان الإرادة كذلك أن الإرادة المنشئة للتصرف القانوني قادرة في الأصل على تحديد ما يتولد عنه من آثار قانونية وأنها تستقل بهذا التحديد، بحيث يجب تحقيق هذه الآثار كما حددتها الإرادة دون تغيير أو تعديل . ولكن اطلاق هذا الوجه من مبدأ سلطان الإرادة ليس متصورا . فهناك من القيود الكثيرة ما يعتبر فرضه ضروريا لرفع التباين وتحقيق الوحدة في أمر نظام من الأنظمة الأساسية في الجماعة ، أو لكبح جماح انطلاق الإرادة في ترتيب الآثار القانونية والحد من تغليب الصالح الفردي على حساب الصالح العام ، أو لحماية الغير واستقرار المعاملات .

---

(١) أما تطلب شكل معين ، كالكتابة ، لاثبات التصرف القانوني ، فليس في حقيقته قيда على قدرة الإرادة وكفايتها لانشاء التصرف القانوني ؛ اذ يقوم التصرف غير المكتوب وينعقد ، في مثل هذه الأحوال ، بمحض الإرادة المجردة من هذا الشكل ، وان كان تخلف هذا الشكل يجعل اثبات التصرف مستحيلا اذا لم يتيسر اثباته بالاقرار أو اليمين .



فتم تصرفات ينعدم سلطان الارادة في تحديد ما يتولد عنها من آثار قانونية ، بحيث يقتصر دورها على مجرد الاحالة في شأن هذا التحديد الى نظام قانونى معين يستقل بفرضه القانون ، كما هو الشأن في التصرفات الشرطية كعقد الزواج .

وواضح ، الى جوار ذلك ، أن فكرة النظام العام والآداب تعتبر هي القيد الرئيسى الذى يرد على سلطان الارادة في ترتيب ما تشاء من آثار قانونية . وقد كان من أثر تراجع المذهب الفردى في صورته المطلقة ، أمام تقدم وانتشار المذهب الاجتماعى ، ازدياد تدخل الجماعة في علاقات الأفراد كفالة للصالح العام وتحقيقا للتوازن بين قوى الأفراد غير المتعادلة ، مما اتسع معه نطاق فكرة النظام العام اتساعا كبيرا . قابله بالطبيعة انكماش ظاهر في مدى سلطان ارادة الأفراد في ترتيب الآثار القانونية ، بحيث بات كثير من التصرفات القانونية ، كعقد العمل الفردى ، أقرب الى التصرفات الموجهة التى يستقل القانون بتنظيم كل أو جل آثارها .

وكذلك فان وجوب التزام ما تحدده الارادة من آثار قانونية وتنفيذ التصرفات القانونية على هذا النحو من التحديد دون تعديل ، لم يعد اليوم بالقاعدة المطلقة . فالمرجع المصرى الذى يقرر هذه القاعدة في شأن العقود بقوله « العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون » ( م ١٤٧ / ١ مدنى ) ، لا يلبث أن يخرج عليها فيعطى للقاضى سلطة واسعة في تعديل العقود وتغيير ما حددته الارادة من شروط في أحوال معينة .

فالمادة ١/١٤٧ من التقنين المدنى تقضى بأنه « . . . اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعه وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى — تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين — أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » . فاذا تعاقد شخص على توريد بضاعة معينة طوال مدة



معلومة بسعر معين ، ثم نشبت بعد التعاقد حرب لم تكن متوقعة وترتب على ذلك ارتفاع ثمن البضاعة ارتفاعاً فاحشاً مما يصبح معه وفاء الالتزام بالتوريد شديد الأرهاق للمتعهد به ، فخرجوا على الأصل من وجوب تنفيذ الالتزام على النحو المحدد في العقد ، يخول القانون القاضي سلطة واسعة في إعادة النظر في الالتزام لتخفيف عبئه الطارئ ، أما بالأمر بوقف تنفيذه مؤقتاً أو بالانقاص منه أو بالزيادة في الالتزام المقابل ، وهذه هي النظرية المعروفة باسم « نظرية الظروف الطارئة » (١) .

وكذلك تقضى المادة ١٤٩ من التقنين المدني بأنه « إذا تم التعاقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها ، وذلك وفقاً لما تقضى به العدالة ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك » . ويقصد بعقود الإذعان (٢) تلك العقود التي يملأ فيها طرف على الطرف الآخر شروط التعاقد دون أن يقبل مناقشة فيها ، بالنظر إلى احتكاره الخدمة أو السلعة محل التعاقد احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو سيطرته عليها سيطرة تحد كثيراً من المنافسة في شأنها ، مما يضطر معه طالب الخدمة أو السلعة — وهي من الخدمات أو السلع الضرورية التي لا يستطيع الاستغناء عنها — إلى الإذعان وقبول كل ما يفرض عليه من شروط للتعاقد عليها ، وذلك مثل العقود التي يعقدها الأفراد مع شركات النور والغاز والمياه وشركات ومصالح السكك الحديدية والبواخر والطائرات وهيئات أو مصالح التليفون والبرق والبريد ، فلا مناقشة فيها وإنما يقبلها الأفراد برمتها وعلى علاتها . وقد كان مقتضى مبدأ سلطان الإرادة واعتبار العقد شريعة المتعاقدين وجوب تنفيذ مثل هذه العقود بكل ما يرد فيها من شروط ، ولكن المشرع — حماية للطرف الضعيف المذعن —

---

(١) راجع في تفصيل هذه النظرية خاصة :

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٤١٤-٤٢٣ .

(٢) راجع في ذلك خاصة :

عبد المنعم فرج الصدة ، عقود الإذعان ، رسالة من القاهرة ، ١٩٤٦ .



يخرج على هذا المبدأ ويخول القاضى سلطة تعديل ما يعتبر تعسفيا من هذه الشروط أو اعفاء الطرف المدعى منها .

وكذلك اذا كان الأصل هو قدرة الارادة بذاتها على توليد ما يحدده من آثار قانونية ، فقد يخرج المشرع على ذلك فيعلق توليد هذه الآثار أو بعضها على وجوب اتخاذ اجراء من اجراءات الشهر والعلائية للتصرف القانونى حماية للغير واستقرارا للمعاملات ؛ كما يفعل حينما يعلق انتاج التصرفات القانونية لانشاء أو نقل أو تغيير أو زوال الحقوق العينية الأصلية العقارية — سواء فيما بين ذوى الشأن أو بالنسبة الى الغير — على تسجيل هذه التصرفات ( م ٩ من قانون الشهر العقارى ) ، وحينما يعلق انتاج التصرفات القانونية المنشئة لحقوق عينية عقارية تبعية لأثرها من التبع والأفضلية فى مواجهة الغير على قيدها ( م ١٢ من قانون الشهر العقارى ) .







## الباب الثالث استعمال الحق

### ٣٩٨ - استعمال الحق في تطوره من الإطلاق الى التقييد

قلنا ، عند التفرقة بين محل الحق ومضمونه « ١ » ، ان مضمون الحق هو تلك المكنات والسلطات التي يخولها الحق لصاحبه . فمضمون حق الملكية مثلا هو تلك السلطات التي يخولها هذا الحق للمالك من استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه ، ومضمون حق المقرض هو قدرته على مطالبة المقرض برد القرض في الأجل المضروب ، ومضمون حق المؤلف هو السلطات التي تثبت للمؤلف على مصنفه سواء كانت معنوية تعبر عن أبوته الفكرية أو مالية تنحصر في استغلال المصنف استغلالا ماليا .

وهذه السلطات التي تكون مضمون الحق هي التي يستعملها صاحب الحق في سبيل التمتع بحقه . والأصل أن استعمال هذه السلطات ، بوجه عام ، يحميه القانون ويعصم صاحبه من المسؤولية عن نتائجه ، لأن الحق انما يستند الى القانون ويستمد وجوده الوضعي منه بحيث يعتبر كل استعمال للحق من جانب صاحبه فعلا مشروعاً ما دام يلتزم مضمون الحق وحدود نطاقه كما رسمها وعينها القانون .

ومن هنا ، كان السائد زمنا طويلا أن صاحب الحق يتمتع بحصانة مطلقة في استعمال حقه ، بحيث لا يكون مسئولا عما يصيب الغير من ضرر من جراء هذا الاستعمال . وقد أعان على ترويج الاعتقاد في هذه الحصانة المطلقة انتشار المذهب الفردي الذي يقوم فقهه في أساسه على الفرد وحقوقه ، ولا يعترف بوجود القانون الا لتسكين الفرد من التمتع بحقوقه وكفالة هذا التمتع له . فالنظرة الى الفرد في هذا المذهب كانت باعتباره السيد المطلق الذي تسخر الجماعة في خدمته ، مما استتبع اعتباره صاحب سلطان مطلق في استعمال حقوقه كما يشاء داخل النطاق المحدد لها دون رقيب أو حسيب .

---

(١) انظر سابقا ، فقرة ٣٧٢ .



غير أن المذهب الاجتماعي الذي يقوم في أساسه على الجماعة وحقوقها لا على الفرد وحقوقه ، قد اتجه وجهة عكسية لوجهة المذهب الفردي في هذا الصدد ، فذهب غلالة أنصاره الى انكار فكرة الحق واعتباره مجرد وظيفة اجتماعية لا تخلع على صاحبها امتيازاً بل تفرض عليه التزاماً الى حد القول بأنه « ليس لأحد من حق الا فعل واجبه » ، بحيث يكون صاحب الحق كالموظف موكلاً باستعمال هذه الوظيفة كما حددتها الجماعة بما يكفل تحقيق الصالح العام وهو الهدف الأساسي لكل مجتمع .

وظاهر ما يوجد من مغالاة من جانب كل من المذهبين في النظرة الى الحق واستعماله «<sup>١</sup>» ؛ فاسباغ حصانة مطلقة على صاحب الحق في استعماله يجعل الحق في يده أداة طيعة مشروعة للاضرار بغيره في سبيل تحقيق أغراض غير مشروعة ؛ واعتبار الحق وظيفة اجتماعية خالصة ، يلغى فكرة الحق الغاء يمحو كيان الفرد واستقلاله .

من أجل ذلك ، يذهب الفقه الحديث والتشريعات الحديثة في مجموعها مذهباً وسطاً بين النزعتين المتطرفتين ، يتخذ مظهره في النظرية المعروفة باسم « نظرية التعسف في استعمال الحق » . فهذه النظرية تقيم التوازن بين صالح الفرد وصالح الجماعة ؛ فلا تلغى فكرة الحق بتحويله الى وظيفة اجتماعية خالصة ، بل تعترف بالحق وبحرية صاحبه في استعماله بما يعود عليه من نفع ؛ ولكنها تقيد هذه الحرية حتى لا تندفع بصاحب الحق الى تحقيق أغراض أو أهداف غير مشروعة ، فتضع رقابة على استعماله لحقه بما يضمن مشروعية هذا الاستعمال .

وبذلك تبدلت النظرية الى استعمال الحق . فلم يعد هذا الاستعمال مطلقاً متروكاً الى محض تقدير صاحب الحق يمارسه لتحقيق أغراض غير مشروعة ، وإنما أصبحت حماية القانون مبسطة على الاستعمال المشروع وحده . أما الاستعمال المنحرف الذي يحيد به صاحب الحق عن طريقه

---

(١) انظر سابقاً ، ص ٢١١ .



الطبيعى ويخلق من الحق فى يده سلاحا يرفعه فى وجه الجماعة وصالحها ، فلا يستأهل حماية القانون ؛ مما يحتم مساءلة صاحب الحق عما يصيب الغير من ضرر من جراء هذا الاستعمال المنحرف غير المشروع أو منعه أصلا من الاقدام على مثل هذا الاستعمال . وبذلك استقر مبدأ رقابة الحقوق وتقييدها ، وأصبحت « نظرية التعسف فى استعمال الحق » التى تعبر عن هذا المبدأ نظرية أساسية مستقرة كذلك . فنعرض لهذه النظرية فيما يلى :

### **نظرية التعسف (١) فى استعمال الحق \***

La théorie de l'abus de droit

## **٣٩٩ — الأصول التاريخية للنظرية والانتهاى الى تقنينها فى القانون المصرى**

إذا كانت نظرية التعسف فى استعمال الحق قد كتب لها التبلور

---

(١) تسمية هذه النظرية على هذا النحو هى التسمية السائدة . ولكن توجد تسميات أخرى قد تكون أظهر فى الدلالة على ما تعنيه هذه النظرية — كما سنرى — من ارتهان استعمال الحق بغايته أو قيمته الاجتماعية ، مثل تسميتها بنظرية « روح الحقوق ونسبيتها » كما يفعل بعض الفقهاء الفرنسيين مثل « جوسران » . ولكننا آثرنا رغم ذلك الإبقاء على التسمية السائدة ، لأنها قد اكتسبت — بشيوعها وقدمها — حجية واستقرارا فى الأذهان ليس من الصالح زعزعته بتغيير الاصطلاح .

### **\* المراجع :**

Porcherot, De l'abus de droit, thèse, Dijon, 1901. — Ripert, De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines, thèse, Aix, 1902. — Salanson, De l'abus du droit, thèse, Paris, 1903. — Buttin, L'usage abusitif du droit, thèse, Grenoble, 1904.—Josserand, De l'abus des droits, 1905.—Jannot, De la responsabilité civile par suite de l'abus du droit, thèse, Dijon, 1906.—Vallet, L'exercice fautif des droits, thèse, Poitiers, 1907. — Dobrovici, De l'abus de droit, thèse, Paris, 1909. — Bardesco, L'abus de droit, thèse, Paris, 1913. — Fathy, La doctrine musulmane de l'abus des droits, thèse, Lyon, 1913., — Roussel, L'abus du droit, thèse, Paris, 1913. — Laparre, La théorie de l'abus du droit et la théorie du détournement de pouvoir,



والاستقرار كنظرية عامة في العصر الحديث ، فلا يعنى ذلك أن هذه النظرية  
نظرية مستحدثة لم تعرفها الشرائع القديمة ، بل الواقع أن جذورها تمتد  
الى الماضى البعيد بحيث نجد أصولها التاريخية مرتدة الى القانون الرومانى  
والشريعة الاسلامية .

=  
thèse, Paris, 1913. — Perrochet, Essai sur la théorie de l'abus  
du droit dans ses rapports avec la responsabilité pour actes illi-  
cites, thèse, Neuchâtel, 1920. — Campion, De l'exercice antisocial  
des droits subjectifs, La théorie de l'abus des droits, Bruxelles,  
1925. — Sultan, Contribution à l'étude de l'abus des droits, thèse,  
Alger, 1926. — Radulesco, Abus des droits en matière contrac-  
tuelle, thèse, Paris, 1935. — Marson, L'abus du droit en matière  
de contrat, thèse, Paris, 1935. — Markovitch, La théorie de l'abus  
des droits en droit comparé, thèse, Lyon, 1936. — Josserand, De  
l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des  
droits, 2me. éd., 1939. — Kira, La théorie de l'abus de droit en  
droit français et en droit égyptien, thèse, Paris, 1952, (dactylo-  
graphiée).

Charmont, L'abus du droit, Rev. trim. droit civil, 1902, p. 113  
et s. — Saleilles, Rapport présenté à la première sous-commission  
de La Commission de révision du Code civil, Bulletin de La  
Société d'études législatives, 1905, p. 325 et s. — Desserteaux,  
Abus de droit et conflits de droits, Rev. trim. 1906, p. 119 et s. —  
Ripert, L'exercice des droits et la responsabilité civile, Rev. crit.,  
1906, p. 352 et s. — Capitant, Sur l'abus des droits, Rev. trim. 1928,  
p. 365 et s. — Ripert, Abus ou relativité des droits, Rev. crit., 1929,  
p. 33 et s. — Josserand, A propos de la relativité des droits, Rev.  
crit., 1929, p. 277 et s. — Rouast, Les droits discrétionnaires et les  
droits contrôlés, Rev. trim. 1944, p. 1 et s.

Premier Congrès international de l'Association Henri  
Capitant, (Québec - Montréal, 1939), 4me séance, « De l'abus du  
droit dans la responsabilité », p. 611 et s.

Bonnecase, op. cit., t. III, Nos. 187 - 238. — Mazeaud (H. et  
L.), Traité de la responsabilité, op. cit., t. I, Nos. 547 - 592. —  
Planiol, Ripert et Esmein, Traité pratique de droit civil français,  
t. VI. 2e éd., 1952, Nos. 573 - 591. — Dabin, op. cit., pp. 236 - 308.



ففى القانون الرومانى «١» ، ورغم ما قد يوجد فيه من نصوص متعارضة ، نستطيع أن نبصر بالنواة الأولى لفكرة التعسف فى استعمال الحق ؛ اذ رغم أن مبدأ اطلاق الحقوق كان هو الأصل المسلم ، الا أن التطور لم يلبث أن انتهى الى التخفيف من صرامة هذا المبدأ . واذا كان من المغالاة تأييد ما يذهب اليه بعض الفقهاء «٢» من وجود نظرية عامة للتعسف فى استعمال الحق فى القانون الرومانى ، فمن المؤكد على الأقل أن القانون الرومانى قد عرف — فى صدد بعض الحقوق — فكرة التعسف فى صورتها البدائية الضيقة وهى صورة تعمد الاضرار بالغير «٣» . وقد أتيح لفكرة التعسف فى استعمال الحق أن تنتقل الى القانون الفرنسى القديم على نحو أكثر اتساعا ؛ اذ أصبح التعسف متحققا ، لا باستعمال الحق بنية الاضرار فحسب ، بل كذلك باستعماله دون مصلحة لصاحبه «٤» .

---

= أنور سلطان ، نظرية التعسف فى استعمال حق الملكية ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة ١٧ ، العدد الأول ، ص ٧١-١٣٦ . — حسين عامر ، نظرية سوء استعمال الحقوق ، ١٩٤٧ .

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٥٥٢-٥٦٧ . — عبد الحى حجازى ، النظرية العامة للالتزام ، ج ٢ ، ١٩٥٣ ، ص ٤٥٨-٤٧٠ . أحمد حشمت أبوستيت ، نظرية الالتزام ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، فقرات ٤٤٨-٤٥٨ . — أنور سلطان ، النظرية العامة فى الالتزام ، ج ١ ، ١٩٥٥ ، فقرات ٤٣٣-٤٤٤ . — عبد المنعم فرج الصلدة ، مصادر الالتزام ، ١٩٥٨ ، فقرات ٤٣٥-٤٤٥ . — المؤلف : محاضرات فى المدخل للقانون ، ١٩٥٤ ، ص ٥١٣-٥٢٤ ، الحقوق العينية الأصلية ، فقرة ٩٧ وما بعدها .

(١) راجع فى ذلك خاصة :

Appleton, Les exercices pratiques dans l'enseignement du droit romain et plan d'un cours sur l'abus des droits, Revue internationale de l'enseignement, 1924, p. 142 et s.

Carnil, Le droit privé, 1924, p. 102. — Josserand, L'esprit (٢) des droits, No. 2.

(٣) فى هذا المعنى :

Perrochet, thèse précitée, p. 59. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 555. — Kira, thèse précitée, p. 4.

Mazeaud, op. cit., t. I, No. 556. — Planiol, Ripert et (٤) Esmein, op. cit., t. VI, No. 573.



وفي الشريعة الإسلامية «١» ، أتيح للفقهاء الإسلاميين أن يتمكن لفكرة التعسف في استعمال الحق وأن يعطيها أوسع تصوير ممكن وصلت إليه الشرائع والمذاهب الفقهية الحديثة . وليس ذلك بمستغرب ، فالشريعة الإسلامية شريعة دينية النزعة لا تعرف الا خيطا رفيعا فاصلا بين القانون والأخلاق ، بحيث لم تكن فكرة التعسف في استعمال الحق واجدة تربة أصلح من تربة هذه الشريعة تنبت وتترعرع فيها «٢» ؛ فالحقوق في نظر فقهاء هذه الشريعة ليست الا منحة من الله «٣» ، وهو المشرع الأسمى ، يمنحها لعباده من أفراد الناس لتحقيق غاية معينة ، بحيث يبدو طبيعيا وجوب استعمال الحقوق وفق هذه الغاية «٤» . ولذلك لم تنحصر فكرة التعسف عند فقهاء الشريعة الإسلامية في صورة تعمد الاضرار بالغير على النحو الذي كانت عليه في القانون الروماني ، بل اتسعت لتشمل صوراً أخرى : كتخلف المصلحة عند صاحب الحق ، والضرر العام ، والضرر الفاحش الذي ينجم عن استعمال الحق «٥» . ولهذا كان طبيعيا أن يعرض المشرع المصري ، في صياغة

---

(١) راجع في ذلك خاصة :

Fathy, thèse précitée.

وانظر كذلك :

السعيد مصطفى السعيد ، في مدى استعمال حقوق الزوجية وما تنقيد به في الشريعة الإسلامية والقانون المصري الحديث (دراسة في نظرية سوء استعمال الحقوق) ، رسالة من القاهرة ، ١٩٣٦ ، وخاصة ص ٢٤-٤٢ . - أنور سلطان ، المقالة السابقة ، ص ٨٢-٩٠ . - حسين عامر ، المرجع السابق ، فقرات ٢٩-٧٨ .

(٢) Notre thèse précitée, p. 5

(٣) أحمد إبراهيم ، مدى استعمال الحق وما يتقيد به في الشريعة الإسلامية ، مقال بمجلة كلية الحقوق ، مشار إليه في رسالة الدكتور السعيد مصطفى السعيد ، سألقة الذكر ، ص ٢٤ .

(٤) انظر في ذلك :

Fathy, thèse précitée, No. 146.

السعيد مصطفى السعيد ، الرسالة السابقة ، ص ٣٩-٤٢ .

(٥) Fathy, thèse précitée, No. 153 et s.



نظرية التعسف في استعمال الحق، على الاستعانة بتصوير الشريعة الاسلامية لفكرة التعسف .

ولكن فكرة التعسف في استعمال الحق لم تلبث أن انتكست وتراجعت أمام انتصار النزعة الفردية على يد الثورة الفرنسية في أواخر القرن الثامن عشر . وكان طبيعيا أن يتأثر التقنين المدني الفرنسي الصادر غداة الثورة في مطلع القرن الماضي بهذه النزعة وما تعلنه من فكرة سيادة الفرد وحرته الكاملة وخاصة في استعمال حقوقه استعمالا مطلقا دون تعقيب عليه في ذلك من قبل القضاء ، الى حد تعريف حق كحق الملكية — وهو في الطبيعة من الحقوق — بأنه « الحق في التمتع والتصرف في الأشياء بالطريقة الأكثر اطلاقا » ( م ٥٤٤ ) .

ولا نعيد القول في انتقاد المذهب الفردي ولا فيما جره تطبيقه من نتائج ظالمة كثيرة ، فقد فصلنا ذلك من قبل «<sup>١</sup>» ؛ وإنما يعنينا في هذا المقام أن تكاثر الهجوم على المذهب الفردي وابتداء ظهور الدعوة للمذهب الاجتماعي ، لم يلبث أن حمل القضاء الفرنسي منذ أواسط القرن الماضي — رغم عبارات النصوص المشبعة بروح الفردية ومعنى اطلاق الحقوق — على فرض رقابته على استعمال الحقوق ، وعلى مواصلة السير في طريق هذه الرقابة والتوسعة فيها ؛ مما انتهى — في مطلع القرن الحالي — بمعونة الفقه وتأصيله — الى احياء ما اندثر من فكرة التعسف في استعمال الحق ، واستخلاص نظرية عامة كاملة وواسعة لها تجاوز النطاق المحدود الذي كانت عليه في القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم . ولم يلبث المشرع الفرنسي أن اعتنق نظرية التعسف ، ان لم يكن بنص يفرض مبدأ عاما ، ففي الأقل بنصوص تتضمن تطبيقات خاصة «<sup>٢</sup>» لمثل هذا المبدأ الذي جرى عليه القضاء وأصله الفقه من قبل .

(١) انظر سابقا ، فقرة ٩٢ .

(٢) انظر في ذلك :

Mazeaud, op. cit., t. I, No. 558.



ورغم أن التقنين المدنى المصرى القديم قد وضع فى أواخر القرن الماضى بعد أن ابتدأ القضاء والفقه الفرنسيان يتجهان الى نفى مبدأ اطلاق الحقوق وتقرير مبدأ رقابة استعمالها وتحريم التعسف فيه ، الا أنه قد جاء مسائراً ومطابقاً للأصل الذى نقل عنه ، فظل أميناً على نصوص التقنين المدنى الفرنسى — ذى النزعة الفردية الغالبة — التى لم تتغير رغم اتجاهات الفقه والقضاء الفرنسى المتحررة من الفردية ومن مبدأ اطلاق الحقوق ؛ ولذلك لم يتضمن نصاً يقرر مبدأ عاماً فى رقابة الحقوق وعدم مشروعية التعسف فى استعمالها، وان كان لم يخل — على أى حال — من نصوص قليلة تأخذ بتطبيقات فردية لفكرة التعسف «<sup>١</sup>» . ورغم أن هذه النصوص القليلة لم تكن تفصح افصاحاً تاماً عن اتجاه المشرع المصرى حينئذ الى الأخذ بنظرية عامة للتعسف فى استعمال الحق ، الا أن القضاء المصرى لم يتردد فى اعتناق هذه النظرية والتوسع فى تطبيقها ، والسير بذلك فى الطريق الذى اختطه الفقه الاسلامى منذ قديم والذى اتبعه القضاء والفقه الفرنسى فى العصر الحديث «<sup>٢</sup>» .

لذلك عنى التقنين المدنى الجديد بتقنين مسلك القضاء المصرى فى هذا الصدد وتقرير نظرية عامة للتعسف فى استعمال الحق أحلها مكاناً بارزاً بين نصوصه التمهيدية ، فنص فى المادة الرابعة على أن « من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر » ، وعرض فى المادة الخامسة لضوابط التعسف ومعاييرها التى تجعل استعمال الحق غير مشروع . واستهدى فى صياغة هذه النظرية بمذهب الفقه الاسلامى خاصة وبالمذاهب الفقهية الحديثة ونصوص الشرائع الوضعية المعاصرة التى باتت

---

(١) انظر فى ذلك :

Notre thèse précitée, p. 9, 10.

(٢) انظر فى ذلك :

Lambert, Introduction à la thèse déjà précitée de Fathy, p. XXXIV et s.



تستقر اليوم على تقرير وتأصيل هذه النظرية «١» .

ولم يكتف المشرع المصرى بتقرير نظرية عامة للتعسف على هذا النحو، بل جرى كذلك على النص على تطبيقات خاصة لها متعددة. فمن ذلك نصه على أنه « يجوز للقاضى أن يمنع توجيه اليمين ( الحاسمة ) اذا كان الخصم متعسفا في توجيهها » ( م ١٠٤/١ مدنى ) ، ونصه على أنه « اذا فسخ (عقد العمل) بتعسف من أحد المتعاقدين ، كان للمتعاقد الآخر — الى جانب التعويض الذى يكون مستحقا له بسبب عدم مراعاة ميعاد الاخطار — الحق في تعويض ما أصابه من ضرر بسبب فسخ العقد فسحا تعسفا » ( م ٦٩٥/٢ مدنى ) ، ونصه على أنه « ... ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوى ان كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط » ( م ٨١٨/٢ مدنى ) .

#### ٤٠٠ — استقرار النظرية نهائيا فى القانون الحديث

اذا كان القضاء والفقه الفرنسى قد انتهى الى اقرار وتأصيل نظرية عامة للتعسف فى استعمال الحق ولم يخل عليهما المشرع الفرنسى بتأييده فى تطبيقات عديدة أقرها للنظرية ، واذا كان المشرع المصرى قد انتهى كذلك الى الأخذ فى التقنين المدنى الجديد بنظرية عامة للتعسف فى استعمال الحق كما رأينا ، فان هذا الاتجاه المناصر للنظرية هو الاتجاه الذى بات سائدا ومستقرا فى القانون الحديث عموما .

واذا كان القضاء — مؤيدا من الفقه — هو الذى حمل عبء تقرير هذه النظرية فى كثير من الدول، ففى دول أخرى كان الأخذ بهذه النظرية بنصوص

---

(١) وفى ذلك تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدنى الجديد ان المشرع قد وضع بذلك « دستورا لمباشرة الحقوق الف فيه بين ما استقر من المبادئ فى الشريعة الاسلامية وبين ما انتهى اليه الفقه الحديث فى نظرية التعسف فى استعمال الحق ولكن دون ان يتقيد كل التقيد بمذاهب هذا الفقه ؛ وبذلك اتيح له أن يمكن تلزعة الاخلاقية والنزعات الاجتماعية الحديثة، وأن يصل بين نصوصه وبين الفقه الاسلامى فى ارقى نواحيه وأحفلها بعناصر المرونة والحياة » [ مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٢١١ ] .



تشريعية تقررها كمبدأ عام «١» .

غير أن الاتفاق على الأخذ بالنظرية في القانون الحديث، على هذا النحو، لا يعنى الاتفاق على مفهوم أو مدلول واحد للتعسف، بل نرى اختلافا بين الشرائع والأنظمة القانونية الحاضرة في هذا الصدد وتراوحا بين التضييق أو التوسعة في نطاق النظرية .

فبينما نرى التقنين المدنى الألمانى «٢» — ولعله أول تقنين حديث يمنح تأييدا عاما وصريحا لهذه النظرية في مطلع القرن الحالى — يحصر النظرية في أضيق نطاق بنصه على أنه « لا يجوز استعمال حق لمجرد الاضرار بالغير » (م ٢٢٦) ، نجد تقنينات أخرى حديثة تأخذ بمعنى واسع للتعسف وان كانت تختلف في تحديده : كالتقنين المدنى السويسرى «٣» الذى يقضى بأنه « يجب على كل شخص أن يستعمل حقوقه ويقوم بتنفيذ التزاماته طبقا لقواعد حسن النية . والتعسف البين في استعمال الحق لا يحميه القانون » (م ٢) ؛ وكالتقنين المدنى السوفيتى «٤» الذى يقرر في مادته الأولى أن « الحقوق المدنية يحميها القانون الا في الحالات التى تستعمل على نحو يخالف غرضها الاقتصادى والاجتماعى » ؛ وكالتقنين اللبنانى الذى يقرر في المادة ١٢٤ نفس ما يقرره مشروع التقنين الفرنسى الايطالى للالتزامات (م ٧٤) «٥»

(١) راجع ، خاصة ، في نظرية التعسف في القانون المقارن :

Josserand, op. cit., Nos. 206 - 228. — Campion, op. cit., Nos. 298 - 365. — Markovitch, thèse précitée. — Premier Congrès international de l'Association H. Capitant, Québec-Montréal, 1939, pp. 613 - 793.

(٢) انظر في نظرية التعسف في القانون الألمانى :

Perrochet, thèse précitée, pp. 149 - 181. — Campion, op. cit., Nos 299 - 306. — Josserand, op. cit., No. 210.

(٣) انظر في نظرية التعسف في القانون السويسرى :

Perrochet, thèse précitée, pp. 190 - 286. — Campion, op. cit., Nos. 307 - 316. — Josserand, op. cit., No. 215. — Simonius, Congrès de Québec-Montréal, op. cit., p. 753 et s.

(٤) انظر في نظرية التعسف في القانون السوفيتى :

Campion, op. cit., No. 357. — Josserand, op. cit., No. 216.

(٥) انظر في ذلك :

Josserand, op. cit., Nos. 216 bis, 216 ter.



من أنه يلتزم كذلك بالتعويض كل من سبب ضرراً للغير ، بأن جاوز في استعمال حقه الحدود التي يرسمها حسن النية أو الغرض الذي من أجله أعطى الحق .

والوقوف على حظ نظرية التعسف في استعمال الحق من التقرير والتطبيق في مختلف القوانين الحديثة ، سواء في ذلك من يقننها تشريعياً ومن يقررها قضائياً ، يكشف عن أن الاتجاه السائد والغالب في القانون المقارن الحديث يسير نحو التوسع في هذه النظرية «<sup>١</sup>» ومجاوزة النطاق الضيق المحدود لها الذي كان يقتصر عليه القانون الروماني ، بل ولعله كذلك يخرج أو يكاد هذه النظرية من دائرة المسؤولية التقصيرية ليجعل منها مبدأ عاماً مستقلاً ، ولذلك كانت عناية مختلف القوانين التي تصدت لصياغة هذه النظرية بوضعها في صدر نصوصها التمهيدية قدراً لأهميتها البالغة وإعلاناً لذاتها واستقلالها «<sup>٢</sup>» .

---

(١) في هذا المعنى :

Amiaud, Rapport général, Congrès de Québec-Montréal, op. cit., pp. 782, 783.

(٢) وهذا هو الاتجاه الذي انتهت إليه لجنة تنقيح التقنين المدني الفرنسي أخيراً ، إذ قررت نصاً يأخذ بنظرية واسعة للتعسف وضعت في الباب التمهيدى من المشروع ، وهو يقضى بما يأتى :

« Tout acte ou tout fait qui excède manifestement, par l'intention de son auteur, par son objet ou par les circonstances dans lesquelles il est intervenu, l'exercice normal d'un droit, n'est pas protégé par la loi et engage éventuellement la responsabilité de son auteur.

La présente disposition ne s'applique pas aux droits qui, à raison de leur nature ou en vertu de la loi, peuvent être exercés de façon discrétionnaire » (art. 147).

انظر في ذلك :

Avant-projet de code civil, première partie, Paris 1955, p. 233.

وانظر في المناقشات التي دارت بصدد هذا النص :

Travaux de La Commission de réforme du code civil, année 1950-1951, pp. 20 - 25.



#### ٤٠١ - منهج البحث

يشير البحث في نظرية التعسف في استعمال الحق - أول ما يشير - مشكلة تحديد ماهية التعسف وتأصيله ، حتى يمكن على هدى ذلك تمييز فكرة التعسف عما قد يشتبه بها من أفكار أخرى وتحديد موضع نظرية التعسف ومدى تبعيتها لنظرية المسؤولية التقصيرية أو استقلالها عنها . فإذا فرغنا من ذلك ، تعين الوقوف على معايير التعسف وضوابطه . ثم ينبغي بعد ذلك تحديد محل التعسف تحديدا دقيقا يحصر نظرية التعسف في نطاقها الحقيقي وينأى بها عن كل تضخم وهمى دخیل عليها . ويبقى بعد ذلك الكلام في اثبات التعسف ، وفي جزائه .

### الفصل الأول

#### تأصيل التعسف وموضع نظريته

#### ٤٠٢ - تمهيد

كانت مشكلة تأصيل التعسف من أهم المشاكل التي شغلت الفقه وما تزال الى اليوم ، وخاصة لأن القضاء كان أسبق من المشرع في الأصل الى تقرير نظرية التعسف وتطبيقها مما اضطره الى اسنادها الى النصوص الخاصة بالمسؤولية التقصيرية واحتسابها بالتالى من قبيل الخطأ المولد لهذه المسؤولية . ومن هنا ، نشأ الاعتقاد وشاع الى اليوم عند جمهور الفقهاء في أن التعسف ضرب من الخطأ وأن نظريته بالتالى لانما تنطوى تحت نظرية المسؤولية التقصيرية وتدخل في دائرتها . غير أن هذا التأصيل ، هو وما يتفرع عنه ، محل نظر ؛ ففكرة التعسف - كما سنرى - تتميز عن فكرة الخطأ ، ومشكلة الاستعمال التعسفى للحقوق تتصل أساسا بنظرية الحق وما له من غاية أو قيمة اجتماعية ، مما يحتم اخراج نظرية التعسف من نطاق نظرية المسؤولية التقصيرية ، خاصة وأنها ليست بمنحصرة في الوظيفة



التعويضية التي تؤديها نظرية المسؤولية فحسب، بل تجمع الى ذلك وظيفة أخرى وقائية تمنع بمقتضاها الضرر من الوقوع أصلاً .

### ٤٠٣ - الربط بين التعسف والخطأ داخل دائرة المسؤولية التقصيرية ، مناقشة هذا الاتجاه ورفضه

قلنا ان الاتجاه السائد عند جمهور الفقهاء الى اليوم يرد التعسف الى فكرة الخطأ ويستبقى على هذا الأساس نظرية التعسف في استعمال الحق داخل دائرة المسؤولية التقصيرية «١» . ولكن أنصار هذا الاتجاه لا يسلكون طريقاً واحداً لتبرير ذلك ، بل تتفرق بهم السبل الى هذا التبرير . فبعضهم يبرره على أساس أن التعسف في استعمال الحق لا يعدو أن يكون مجاوزة لحدود الحق وفعلاً غير مشروع بالتالي . والبعض الآخر يبرره على أساس أن التعسف هو ذات الخطأ بمعناه المعروف . والبعض الثالث يقيمه على أساس أن التعسف نوع متميز وقائم بذاته من الخطأ . فنعرض لهذه المذاهب فيما يلي لنرى مدى حظها من التوفيق .

١ - **مذهب التسوية بين التعسف في استعمال الحق ومجاوزة الحق :**  
ظهر الخلط بين فكرة التعسف في استعمال الحق (abus de droit) وبين فكرة مجاوزة الحق أو الخروج عنه (dépassement de droit) ، منذ ما حاول جانب من الفقه الفرنسي في مطلع القرن الحالي تأييد مسلك القضاء الفرنسي في محاربة الاستعمال التعسفي للحقوق عن طريق تطويع النصوص القائمة في المسؤولية التقصيرية لتقبل واستيعاب فكرة التعسف . وكان أيسر سبيل الى ذلك هو القول بأن فكرة التعسف ليست بالفكرة الجديدة أو المستقلة التي تحتاج ، في تقريرها أو تأكيدها ، الى نصوص قانونية جديدة تضيف أو تعدل في النصوص القائمة ؛ لأن التعسف في استعمال الحق ليس الا خروجاً

---

(١) وهي المسؤولية التي تتحقق في جانب من يرتكب خطأ يسبب ضرراً تلغير وتلزمه بالتعويض (م ١٦٣ مدني) .



عنه ، والخروج عن الحق عمل غير مشروع (acte illicite) يندرج — دون جدال — تحت أحكام المسؤولية التقصيرية التقليدية •

وقد تزعم هذا المذهب ودافع عنه ببراعة الفقيه الفرنسى الكبير « بلانيول » • ومنطقه فى ذلك أن الحق ينتهى حين يبدأ التعسف ؛ فلا يوجد ثم استعمال تعسفى لحق ما ، لذلك السبب البديهى من أن نفس الفعل لا يمكن أن يكون فى آن واحد موافقا للقانون ومخالفا له • فإذا كان هناك تعسف فى سلوك الأفراد ، فلا يكون ذلك حينما يستعملون حقوقهم وانما حينما يجاوزونها أو يخرجون عنها ، اذ الحقوق ليست مطلقة بل هى مقيدة فى أغلبها بحدود تحد من نطاقها وشروط تقيد من استعمالها ، والخروج من هذه الحدود أو عدم مراعاة تلك الشروط معناه على السواء العمل دون حق « ١ » •

واذا كان هذا المذهب يبدو فى ظاهره هجوما على فكرة التعسف فى استعمال الحق ، فهو فى حقيقته يؤيد هذه الفكرة ويؤمن بالتقييد من اطلاق الحقوق ورقابة استعمالها ، ولكنه يدمجها فى اطار صورة الخروج عن الحق ليسلم له منطق اعتبار التعسف عملا غير مشروع واجراء أحكام المسؤولية التقصيرية عليه بالتالى دون حاجة الى ابتداع نظرية جديدة مستقلة •

ولكن منطق هذا المذهب فى ذلك ، رغم وجاهته البادية ، منطق شكلى يتلاعب بوحدة اصطلاح الحق والقانون فى اللغة الفرنسية ، ليظهر تناقضا منطقيا بين اعتبار الفعل التعسفى مخالفا للقانون واستمرار اعتباره داخلا فى حدود الحق واستعمالا له • وما من شك فى أن الفعل الواحد يستحيل أن يكون موافقا للقانون ومخالفا له فى نفس الوقت ؛ ولكن ليس ما يمنع من أن يكون الفعل الواحد موافقا لحق من الحقوق لأنه يدخل فى نطاقه



ومضمونه ، ومخالفا في آن واحد للقانون في مجموعه «١» ؛ وهذا هو جوهر فكرة التعسف في استعمال الحق ومعناها .

ففكرة التعسف انما تفترض وجود فعل يدخل في حدود مضمون الحق فيكون مشروعاً في ذاته لأنه سلطة من السلطات التي يخولها الحق لصاحبه ، ولكنه ينقلب معيباً أو غير مشروع لانحراف في غرضه أو نتيجته . والتعسف على هذا النحو ، يتميز تميزاً واضحاً عن مجاوزة الحق أو الخروج عنه ، الذي يفترض بدهة عملاً يجاوز حدود مضمون الحق فلا يعتبر بحال من الأحوال مشروعاً في ذاته . فالفارق اذن ظاهر بين العمل التعسفي والعمل المجاوز للحق ؛ اذ بينما يكون الأول مشروعاً في ذاته ولكنه معيب في غرضه أو نتيجة ، يكون الثاني غير مشروع في ذاته أصلاً . وأمام هذا الفارق ، لا يوجد تناقض منطقي بين اعتبار العمل التعسفي موافقاً للحق ومخالفاً للقانون رغم ذلك ، كما لا يوجد سند منطقي لاعتبار هذا العمل خارجاً عن الحق ما دام مخالفاً للقانون ؛ فالتعسف في استعمال الحق ، كما قلنا ، صورة مختلفة عن الخروج عن الحق .

ومن هنا ، فالمالك الذي يجور على ملك جاره ويبنى فيه ، انما يأتي عملاً مجاوزاً لحقه وخارجاً عن حدود مضمونه ، فيكون عمله غير مشروع في ذاته ، بينما المالك الذي يبنى جداراً في ملكه ولكنه يرتفع بالجدار ارتفاعاً شاهقاً لمجرد الاضرار بجاره ومنع الضوء والهواء عنه ، انما يتعسف في استعمال حق ملكيته دون أن يجاوز حدود هذا الحق بحال من الأحوال ؛ لأن حقه يخول له البناء في ملكه ، فمجرد بنائه فيه يعتبر عملاً مشروعاً في ذاته لأنه داخل في حدود مضمون حقه ، ولكنه يعتبر تعسفياً رغم ذلك لما يشوبه من عيب وانحراف في غرضه مأتاه مجرد الرغبة في استخدام هذه السلطة المشروعة التي يخولها له حقه في الاضرار بغيره .

وعلى هذا النحو ، يجب التمييز بين صورة الخروج عن الحق وصورة التعسف في استعمال الحق . فالمشكلة التي تثيرها الصورة الأولى انما تتعلق



بمضمون الحق، فيكون الفعل المجاوز للحق فعلا غير مشروع في ذاته، بحيث يتوجه التحريم أو الجزاء اليه ذاتيا ويمتنع الاتيان به امتناعا مطلقا . بينما المشكلة التي تثيرها الصورة الثانية تتعلق بغاية الحق لا بمضمونه ، فلا ينصرف عدم المشروعية الى ذات الفعل التعسفي وانما الى غرضه ، بحيث يتوجه التحريم أو الجزاء الى غرضه المنحرف فحسب دون مساس بمضمون الحق أو السلطة الوارد عليها التعسف ، ولذلك يظل لصاحب الحق — رغم الحكم بالجزاء على فعله المكون للتعسف — القدرة على معاودة ذات الفعل، دون خطر التعرض للجزاء، طالما يتغنى به حينئذ غرضا غير مشوب «١» . وما دامت فكرة التعسف لا تمس مضمون الحق وانما تمس غايته ، فمن غير المقبول اذن القول «٢» بأن تحريم الأغراض المنحرفة في استعمال الحق يضيف حدا جديدا الى حدود الحق المادية الأصلية بحيث يعتبر خرقه كخرقها خروجا عن الحق ، اذ حدود الحق انما تنصرف الى مضمونه وسلطاته وهما لا يتغيران بفرض رقابة على أغراض استعماله «٣» .

وعلى أى حال، فقد بات مستقرا اليوم عند جمهور الفقهاء «٤» التمييز

(١) انظر في تفصيل ذلك :

Notre thèse précitée, pp. 175 - 177.

(٢) Planioł, ibid. — Colin, Capitant et De La Marandière, op. cit., t. I, No. 324.

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٦٤ .

(٣) Notre thèse précitée, pp. 178, 179.

(٤) Porcherot, thèse précitée, p. 106. — Saleilles, Rap- port précité, pp. 339-341. — Bardesco, thèse précitée, pp. 248-251. — Bonnecase, op. cit., t. III, Nos. 226, 227. — Josserand, op. cit., Nos. 245-247, 261. — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 550, 551. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. II, 2e éd., 1947, No. 978. — Rouast, article précité, No. 5. p. 4. — Dabin, op. cit., pp. 271, 285 — Notre thèse précitée, pp. 172 - 183.

عبد ائرزاق السنهوري ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، ١٩٤٠ ، فقرات ٣١٥ و ٣٢٤ ؛ الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٥٤٤ و ٥٥٦ . — انور سلطان ، المقالة السابقة ، ص ٩٩ ؛ المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٤٣٩ ، ص ٤٣٦ . — عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٤٦٠ و ٤٦١ . — جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، ص ٢٤٠ و ٢٤١ .



بين التعسف في استعمال الحق والخروج عن الحق «١» . ولذلك اذا أريد استبقاء فكرة التعسف في نطاق المسؤولية التقصيرية ، فينبغي البحث عن أساس آخر غير الزعم باعتبار التعسف خروجاً عن الحق .

٢ - **مذهب التسوية بين التعسف والخطأ التقصيري :** اذا كان مذهب التسوية بين التعسف في استعمال الحق ومجاوزة الحق لا يصلح باباً تنفذ منه فكرة التعسف داخل دائرة المسؤولية التقصيرية على ما رأينا ، فقد التمس جانب كبير من الفقه باباً آخر أقرب الى تحقيق ذلك ، هو باب « الخطأ » عماد هذه المسؤولية ، الذي يتسع في نظرهم ليستوعب قياس كل سلوك فردي حتى ما كان سلوكاً في استعمال حق من الحقوق .

واعتبار التعسف في استعمال الحق تطبيقاً عادياً من تطبيقات الخطأ التقصيري المولد للمسئولية ، هو أمر طبيعي في نظر هذا المذهب «٢» ، فانه اذا كان الخطأ - في المفهوم الحديث - هو انحراف في السلوك المألوف للشخص العادي ، فهو متصور في استعمال الحقوق تصوره في اتيان الرخص العامة على السواء . واذا كانت هذه الحقيقة قد حجبها ما كان سائداً في

---

(١) انظر في التقريب بين « التعسف » في تميزه عن « مجاوزة الحق » وبين « المكروه » في تميزه عن « المحرم » في الفقه الاسلامي :  
Notre thèse précitée, pp. 179 - 181.

(٢) انظر في الاخذ بهذا المذهب :

Jannot, thèse précitée, p. 140. — Dobrovici, thèse précitée, pp. 219, 220. — Beudant, Cours de droit civil français, Les contrats et les obligations, 1re éd. Appendice par H. Capitant, Nos. 1179 - 1181. — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 563, 564, 576 - 581. — Colin, Capitant et De La Marandière, op. cit., t. II, No. 234. — Lalou, Traité pratique de la responsabilité civile, 4e éd., 1949. Nos. 867, 874, 877.

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٥٥٢ و ٥٥٧ و ٥٥٩ . —  
أحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرات ٤٢٩ و ٤٤٨ و ٤٥٢ . —  
عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، فقرات ٤٣٥ و ٤٣٨ . — اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٦٤-١٦٧ .



القرن الماضي من مبدأ اطلاق الحقوق ، فلم يعد ثم ما يمنع اليوم من اعلانها وتأكيدھا ، بعد أن اندثر هذا المبدأ ، وبات من المسلم فرض رقابة على استعمال الحقوق ، فارتفع بذلك التناقض المنطقي المزعوم بين الخطأ وبين استعمال الحق . وبذلك تستقر فكرة التعسف في استعمال الحق ، عند هذا المذهب ، على أساس طبيعي سليم داخل دائرة المسئولية التقصيرية ؛ ففكرة التعسف - في تأصيلها - ليست الا ذات فكرة الخطأ « ١ » التي يستوى عليها مبدأ المسئولية ؛ فمن يتعسف في استعمال حقه ، سواء باستعماله بنية الاضرار بالغير أو دون تبصر ويقظة ، ينحرف بذلك عن السلوك المألوف للشخص العادي أي يتخذ مسلكا لا يسلكه شخص متبصر يقظ يوجد

---

(١) ومع ذلك فيذهب بعض الفقهاء المصريين ، ممن يعتبرون التعسف تطبيقا من تطبيقات الخطأ التقصيري ، الى أن ما أورده المشرع المصري من معايير للتعسف لا تجعل التعسف يستوعب كل صور الخطأ أو يأخذ كل مداه . فانه اذا كان التعسف - وفق هذه المعايير - يمكن أن يشمل صورة « الخطأ العمدى » عند توافر نية الاضرار بالغير ، وصورة « الخطأ الجسيم » عند رجحان الضرر على المنفعة ؛ الا انه لا يستوعب كل ما لصورة « الخطأ غير الجسيم » من مدى يتسع لاي انحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي بل يقتصر على ذلك الانحراف المؤدى الى تحقيق مصلحة غير مشروعة فحسب ( عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٥٦٤ . - وانظر كذلك في هذا المعنى ولكن مع انتقاد موقف المشرع المصري من تقييد نطاق التعسف فيما يقابل صورة الخطأ غير الجسيم : احمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٤٥٨ ) .

ولكن لو صح مثل هذا القول لتعذر التسليم بما يقدمه أصحابه من اعتبار التعسف هو ذاته الخطأ التقصيري ، اذ اطراد منطق هذا الرأي يقضى باعمال معيار الخطأ بكل مداه وصوره في شأن التعسف ، وهو ما يفضل حتى بعض مؤيدي هذا القول ( احمد حشمت أبو ستيت ، الموضع السابق ) ، وما يقرره - بحق في حدود مذهبهم - انصار اعتبار التعسف تطبيقا للخطأ من الفقهاء الفرنسيين .

(انظر في ذلك خاصة : Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 547, 579, 580)

ولا نظن انه يغنى في هذا الشأن القول بأن صورة الخطأ في التعسف هي صورة مستحدثة يحسن عدم التوسع فيها ( انظر في هذا القول : عبد الرزاق السنهوري ، الموضع السابق ) .



في نفس الظروف الخارجية ، وهذا هو عين الخطأ «أ» المولد للمسئولية .

واذا كان من غير المنكور ما يمتاز به هذا المذهب من وضوح ، وما يحققه من وحدة أحكام المسؤولية الناشئة عن اتيان الرخص العامة وتلك الناشئة عن استعمال الحقوق ، وما ييسره من أمر تحديد معيار التعسف بالاكْتفاء برده الى معيار الخطأ التقصيري المعروف وهو الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي ؛ الا أن كل هذه الميزات من الوضوح والتوحيد والتيسير انما تتحقق على حساب فكرة الحق وفكرة الخطأ نفسها .

فمركز صاحب الحق في استعمال حقه ، لا ينبغي أن يسوى بمركز الشخص في اتيان رخصة من الرخص ، حتى يقال ان التعسف في الصورة الأولى هو ذات الخطأ في الصورة الثانية . ففي هذه الصورة الأخيرة ، أي في مجال الحريات أو الرخص العامة حيث يقف الجميع على قدم المساواة ويستعملون نفس الحريات في نفس الوقت ، لا يحتاج الأمر الا الى التنسيق في هذا الاستعمال الجماعي المتعاصر ، وهو ما لا يتحقق الا بالتزام كل فرد قبل الآخرين بالعمل بتبصر ويقظة وحيطة حتى لا يحد مما لهم من نفس الحريات المماثلة . أما في مجال الحقوق ، حيث صاحب الحق ذو مركز ممتاز بالنسبة الى الباقين لما يختص به القانون — على محل معين — من سلطة استثنائية يملكها دون غيره ، فيجب التأكد من أن هذه السلطة سوف تستخدم لتحقيق الغاية المعطى من أجلها الحق لا لمناقضتها ، وهو ما يقتضى قياس مسلك صاحب الحق في استعمال حقه وفق هذه الغاية المعينة لا وفق فكرة الحيطة أو اليقظة العامة ، مما يعنى امكان توافر التعسف كلما انحرف صاحب الحق في استعماله عن غايته حتى ولو لم يكن قد أخل بواجب الحيطة واليقظة العادية ذلك الاخلال الذى يكون الخطأ في المعنى الفنى الدقيق ؛ وبذلك يوجد التعسف ولو لم تتوافر له مقومات الخطأ ، فلا يعنى اذن عن صاحب الحق شيئاً ما قد يتخذه في استعمال حقه من حيطة وتبصر ويقظة



تنفى عنه الخطأ اذا كان — بهذا الاستعمال — يناقض غاية الحق . وعلى هدى ذلك يتوافر لفكرة « التعسف » أساس ووجود مستقل عن فكرة « الخطأ » وبمعزل عنها ؛ فبينما يعنى التعسف تخلف غاية الحق أو مناقضتها ، يعنى الخطأ الانحراف عن السلوك المألوف « ١ » . والقول باعتبار التعسف تطبيقاً من تطبيقات الخطأ ، يتجاهل ما للحق من غاية يجب الاعتداد بها فى وزن استعماله ، ويقحم على الخطأ فكرة لا تدخل فى مدلوله الدقيق .

واستقلال فكرة التعسف عن فكرة الخطأ أمر يحتمه كذلك كون التعسف — فيما يولد من مسئولية صاحب الحق — انما يولدها داخل دائرة المشروعية ورغمما عنها ، بينما يولد الخطأ المسئولية خارج دائرة المشروعية أصلاً « ٢ » ؛ وذلك يكشف — كما يرى بعض الفقهاء « ٣ » — عما هنالك من تناقض وتنافر بين « استعمال الحق » فى حدود مضمونه الحرفى وبين « الخطأ » . ولا خطر على أى حال من القول باستقلال التعسف عن الخطأ ، اذ ليس معنى ذلك ترك استعمال الحق لمطلق تقدير صاحبه دون أى مسئولية تترتب فى جانبه ، وانما مجرد رد المسئولية الى مصدر مستقل عن الخطأ يواجه حقيقة الواقع من الوجود أصلاً فى دائرة المشروعية والاستناد الى استعمال حق من الحقوق .

والقول بتسوية التعسف بالخطأ يتنافى مع تمييز أصحابه « ٤ » — فى نفس الوقت — بين التعسف فى استعمال الحق ومجاوزة الحق ، اذ ما فائدة مثل هذا التمييز اذا كانت نهاية المطاف هى تسوية صورة « التعسف » بصورة « المجاوزة » فى التوافر على معنى الخطأ ؟ ، وألا يفرض منطق التمييز بين الصورتين رد المسئولية الناشئة عنهما الى مصدرين مختلفين ؟ . وكذلك يتنافى القول بتسوية التعسف بالخطأ مع استمرار أصحابه فى

---

(١) Notre thèse précitée, pp. 186, 187.

(٢) Notre thèse précitée, pp. 187, 188.

(٣) Dabin, op. cit., p. 285. — Brèthe, note. S. 1925. p. 217.

(٤) انظر خاصة :

Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 550, 551.



الكلام عن نظرية التعسف في استعمال الحق ، اذ ما جدوى مثل هذه النظرية اذا كان التعسف — كما يدعون «١» — ليس مصدرا للمسئولية متميزا عن الخطأ وكانت نظرية التعسف لم تأت بجديد لا تتضمنه فكرة الخطأ في الأصل «٢» .

٣ — مذهب اعتبار التعسف نوعا متميزا من الخطأ : اذا كان مذهب تسوية التعسف بالخطأ التقصيري التقليدي يبدو محلا للاعتراض من نواح كثيرة عرضنا لأهمها فيما تقدم ، فقد حاول جانب من الفقه «٣» تأصيل التعسف على نحو أقل استهدافا للنقد ولكن دون الخروج به من دائرة المسئولية التقصيرية «٤» ؛ فاعتبروا التعسف نوعا متميزا من الخطأ ، أو خطأ ذا طبيعة خاصة (sui generis) يستقل من حيث المناط والنطاق عن الخطأ العادي التقليدي ،

---

(١) Mazeaud, op. cit., t. I, No. 581.

(٢) انظر كذلك في انتقادات أخرى لمذهب تسوية التعسف بالخطأ :  
Notre thèse précitée, pp. 189 - 193.

(٣) انظر خاصة :

César-Bru et Morin, La faute, le risque et l'abus du droit. Annales des Facultés de droit et des lettres d'Aix, 1906, t. II, p. 63 et s. — Demogue, Traité des obligations en général, t. IV, Nos. 678, 686. — Brèthe, note précitée, p. 219. — Sultan, thèse précitée, pp. 123 - 127. — Josserand, op. cit., Nos. 260 - 262, 298.

(٤) وفي نطاق المسئولية التقصيرية ، يضع بعض انصار هذا المذهب صورة التعسف كخطأ من نوع خاص متوسطا بين صورة الخطأ العادي التقليدي وبين ما يسمونه صورة « الافراط » . فيقسم جوسران على هذا النحو الأفعال المولدة للمسئولية التقصيرية تقسيما ثلاثيا الى : فعل خارج عن حدود الحق من ناحية وهو ما يسميه بالفعل غير القانوني (acte illégal) ، وإلى فعل سليم في ذاته لأنه استعمال لحق من الحقوق ولكنه معيب لانحرافه بالحق عن غايته من ناحية ثانية وهو ما يسميه بالفعل غير المشروع (acte illicite) أو الفعل التعسفي ، وأخيرا الى فعل داخل في مضمون حق من الحقوق ووفق غايته ولكنه مولد لضرر فاحش غير عادي وهو ما يسميه بالفعل المفرط (acte excessif) [Josserand, op. cit., Nos. 261, 262]

ولكن هذا التقسيم الثلاثي محل نظر ، فيراعى ان ما يسمى «الفعل المفرط» هو في حقيقته فعل تعسفي كما سنرى ، وان الفعل التعسفي ليس في حقيقته خطأ ولو من نوع خاص كما نبين في المتن ( انظر في انتقاد هذا التقسيم :  
(Notre thèse précitée, pp. 197, 198, 201 - 205.)



اذ هو خطأ يرتهن بروح الحق وغايته الاجتماعية «<sup>١</sup>» وهو ما يخرج به عن مدلول الخطأ العادى ، ويشير مشكلة ضمير جماعى لا مشكلة ضمير فردى كالخطأ التقليدى «<sup>٢</sup>» ؛ فهو اذن خطأ خاص أو « خطأ اجتماعى » (faute sociale) «<sup>٣</sup>» يتحقق بالانحراف عن غاية الحق الاجتماعية .

ويجب الاعتراف بأن هذا المذهب يمثل خطوة تقدمية بالنسبة الى مذهب تسوية التعسف بالخطأ العادى ، اذ يؤصل التعسف على نحو أكثر احاطة بحقيقة مدلوله وصلته بغاية الحق ، ويسير بذلك شوطاً أبعد فى طريق فهم الدور الحقيقى لنظرية التعسف فى استعمال الحق وما تعنيه من أن الحقوق ليست غاية فى ذاتها وإنما وسيلة لادراك غاية معينة .

ولكن العيب الأساسى لهذا المذهب ينحصر فى توقفه فى منتصف الطريق وعوده عن الوصول الى النتيجة الحتمية التى يقود اليها منطق مقدمته . ذلك أنه اذا كانت فكرة الخطأ بمعناه التقليدى قاصرة فى نظر هذا المذهب عن الاحاطة بفكرة التعسف ، لارتباط هذه الفكرة الأخيرة بغاية الحق التى يخرج البحث فيها عن نطاق فكرة الخطأ العادى ، فلا يوجد أى معنى للتشبيث بفكرة الخطأ ومحاولة ابتداع نوع متميز منه للدلالة على ما تعنيه فكرة التعسف ، وليس من فائدة تعود من القول بازدواج الخطأ على هذا النحو فى نطاق نفس المسئولية ، فيصبح من الواجب اذن اطراح فكرة الخطأ والخروج من دائرة المسئولية التقصيرية للبحث خارجها عن أساس مستقل للتعسف «<sup>٤</sup>» .

#### ٤٠٤ - ارتباط التعسف بفكرة الحق ، واستقلاله بنظرية عامة خارج دائرة المسئولية التقصيرية

اذا كان استبقاء فكرة التعسف فى استعمال الحق فى دائرة المسئولية

---

(١) Josserand, op. cit., No. 261. pp. 359, 360 ; No. 298, pp. 405, 406.

(٢) Cézard-Bru et Morin, article précité, p. 100

(٣) Cézard-Bru et Morin, ibid.

(٤) Notre thèse précitée, pp. 196-199.



التقصيرية هو الاتجاه السائد عند جمهور الفقه الفرنسى والمصرى ؛ فهو كذلك الاتجاه السائد فى القضاء الفرنسى الى اليوم ، وفى القضاء المصرى على الأقل قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد . واذا كنا قد ناقشنا المذاهب المختلفة التى تسند هذا الاتجاه واتتهينا الى رفضها على النحو السابق بيانه ، فيجب مع ذلك الاعتراف بأن الظروف التى أحاطت بظهور فكرة التعسف فى استعمال الحق فى القانونين الفرنسى والمصرى كانت مهيئة ومبررة حيثئذ للسير فى هذا الاتجاه .

ذلك أن الاتجاه الى فكرة « الخطأ » ومحاولة تأصيل التعسف على أساسها ، اما باعتبار التعسف مجاوزة للحق أو انحرافا عن السلوك المألوف أو انحرافا عن غاية الحق ، والتوصل بذلك الى حصر فكرة التعسف فى دائرة المسؤولية التقصيرية ، كان ضرورة لازمة فى أول الأمر أمام خلو التشريع الفرنسى والمصرى من نص يقرر . - كمبدأ عام - الرقابة على استعمال الحقوق ومساءلة أصحابها عن انحرافهم فى استعمالها . فلم يجد الفقه والقضاء - الفرنسى والمصرى على السواء - بدا ، بعد أن استقرا على اطراح النزعة الفردية بما كانت تستتبعه من مبدأ حصانة صاحب الحق فى استعمال حقه ، من أن يلتصقا أساسا مقبولا ومسلما من صلب نصوص التشريع القائم يسندان به ما يفرضان من رقابة على استعمال الحقوق ؛ ولم يكن ثم أفضل ولا أقرب من هذا الشأن من الاستناد الى النصوص المقررة للمسؤولية التقصيرية ، واعتبار التعسف فى استعمال الحق ضربا من الخطأ العادى - سواء بالنظر الى التعسف كخروج عن الحق أو غير خروج عنه - أو نوعا خاصا من الخطأ قائما بذاته هو الخطأ الاجتماعى كما يسميه البعض «<sup>١</sup>» . وبذلك استخدمت فكرة « الخطأ » ستارا خادعا يحجب الثورة على الأصول القانونية التقليدية ، ويمكن من اتمامها فى صمت بما يجعلها أدنى الى القبول وأبعد عن متناول النقد ؛ فاكفى بالبأس فكرة « التعسف » ثوب



« الخطأ » « ١ »، وهو ما يسندها ويستبقيها داخل دائرة المسؤولية التقصيرية دون حاجة الى تعديل النصوص القانونية القائمة .

واذا كان الأمر على هذا النحو، فينبغي — للوصول الى تأصيل صحيح لفكرة التعسف في استعمال الحق وتحديد سليم للموضع الطبيعي لنظرية التعسف — اطراح هذه الظروف التي صاحبت ظهور فكرة التعسف وفرضت نفسها على الفقه والقضاء لاعطاء التعسف تأصيل الخطأ واستبقائه داخل دائرة المسؤولية التقصيرية .

والتجرد من هذه الظروف ، يكشف عن الحقيقة التي حجبها وقتا طويلا الاضطرار الى الربط بين التعسف والخطأ داخل نطاق المسؤولية التقصيرية ؛ وهي أن فكرة التعسف انما ترتبط أساسا بفكرة الحق وما يمثله من قيمة معينة يعترف بها القانون ويحميها لغاية معينة ، اذ بذلك ترتفع حماية القانون للحق وصاحبه بالتزام هذه الغاية وترتفع بالانحراف عنها . ولذلك فان التعسف يتوافر — كما قلنا — ما دام صاحب الحق قد انحرف في استعماله عن غايته حتى ولو لم يكن قد أخل بواجب الحيطة واليقظة العادية ذلك

---

(١) ولعل هذا هو ما دفع بعض الفقهاء الى رمي فكرة التعسف في استعمال الحق بأنها فكرة تقوم على الافتراض (fiction) ، انظر في ذلك خاصة قول « موران » :

L'abus du droit apparaît... comme une application de ce grand phénomène de l'évolution Juridique : la fiction, c'est à dire l'application d'un concept ancien d'une solution Juridique nouvelle, le retard de l'évolution technique sur l'évolution sociale [Morin, Quelques observations critiques sur le concept d'abus du droit, Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert, 1938, t. II, p. 466 et s.].

ولكن انظر في نفي هذا الاتهام :

Josserand, op. cit., No. 251 bis.

وانظر في انتقاد ما يقترحه « موران » — تفاديا للافتراض — من احلال فكرة التنازع بين الحقوق محل فكرة التعسف في استعمال الحق ، وبوجه عام في تقدير فكرة تنازع الحقوق التي يقدمها البعض (Desserteaux, article précité, Rev. trim., 1906, p. 119 et s.).

Josserand, opo. cit., No. 263. — Notre thèse précitée, pp. 229-232



الاخلال الذي يكون الخطأ في المعنى الفنى الدقيق ، وهو ما يفصم بينه وبين « الخطأ » ويخرجه بالتالى من دائرة المسئولية التقصيرية ليستوى مبدأ عاما ونظرية أساسية ملازمة وداخلة فى النظرية العامة للحق .

والواقع أن الحقوق — بما تخول من سلطات استثنائية معينة لبعض الأشخاص دون بعض أو على حساب بعض وبما تؤدي اليه من وضع الأفراد فى مراكز غير متساوية قبل بعضهم البعض — لا يتصور أن تكون مقررّة بوصفها غاية فى ذاتها وانما بوصفها وسيلة لادراك غاية معينة ، وهو ما يرهنها — بوصفها تمثل قيما اجتماعية يحميها القانون — بتحقيق هذه الغاية أو عدم مجافاتها ، بحيث تظل حماية القانون مبسوطة عليها أو ترتفع عنها بحسب مدى مطابقة استعمالها أو مناقضته لغايتها . وبذلك يتفرع عن اعتبار الحقوق وسائل لا غايات اعتبارها — من حيث الاستعمال — نسبية لا مطلقة ، وهو ما يقتضى اخضاع استعمالها لرقابة القضاء بما يضمن منع التعسف فيه بالخروج به عن غاياتها .

وبذلك تبدو فكرة التعسف متعلقة أساسا بتصوير الحق ، اذ هى فى حقيقتها وزن لاستعماله على ضوء غايته ، مما يجعلها فكرة ملازمة ومكملة لفكرة الحق بحيث لا يستقيم النظر اليها بمعزل عنها ولا تكتمل صياغة نظرية عامة للحق دونها . بل ان فكرة التعسف تصبح فى الواقع هى التصحيح أو التقويم اللازم لفكرة الحق ، فبدونها وبدون ما تحققه من رقابة على استعمال الحقوق تبدو فكرة الحق — بما تعنيه من امتياز واستثمار — أهلا لما تعرضت له من انكار «<sup>١</sup>» ، وبفضل فكرة التعسف نستطيع تأكيد استبقاء فكرة الحق كفكرة أساسية فى النظام القانونى ، دون حاجة الى الغائها أو تحويلها — كما يقترح البعض — الى فكرة واجب ووظيفة اجتماعية خالصة «<sup>٢</sup>» .

---

(١) Saleilles, De la personnalité Juridique, 2e éd., 1922, p. 547.

(٢) Notre thèse précitée, p. 234.

وانظر كذلك سابقا ، ص ٥٥١ .



والواقع كذلك أن المشكلة التي تثيرها فكرة التعسف مشكلة أولية سابقة على مشكلة المسؤولية «<sup>١</sup>» ، لا يتصور التماس حلها الا على ضوء حقيقة الحق وجوهره وبالتالي في ظل نظريته العامة وحدها. ذلك أن حل مشكلة التعسف يقتضى الاختيار أولا بين الاطلاق أو النسبية في استعمال الحقوق، ثم يقتضى — اذا وقع الاختيار على النسبية — تحديد مداها ومبداى رقابة الحقوق ، وهو ما لا يتصور تحقيقه داخل اطار المسؤولية التقصيرية أو استخلاصه من مبادئها وقواعدها ، بل يرتهن ذلك بفكرة الحق ودوره أو وظيفته وبفكرة العدل ومدلوله وبالنظرة الى القانون وغايته من الفردية أو الجماعية أو من التوازن بين النزعتين ؛ وكل هذه مسائل تخرج — كما هو ظاهر — عن نطاق المسؤولية «<sup>٢</sup>» .

واذا حلت مشكلة التعسف أوليا على هذا النحو ، فليس من الحتم أن تثور بعد ذلك دائما مشكلة المسؤولية ، فقد يحرم صاحب الحق من استعماله على نحو تعسفى ابتداء ، وهو ما يمنع وقوع الضرر أصلا ويتفادى بالتالى قيام مشكلة المسؤولية. ففكرة التعسف اذن تجاوز فكرة المسؤولية في اقتصارها على رفع الضرر الواقع أو التعويض عنه ، فتحقق كذلك فكرة التوقى من الضرر بمنع وقوعه أصلا عن طريق حرمان صاحب الحق ابتداء من استعمال حقه استعمالا تعسفيا «<sup>٣</sup>» . فكثيرا ما يحتاج صاحب الحق الى الالتجاء الى القضاء مطالبا بالاعتراف بحقه وحمايته وتمكينه من استعماله

---

(١) فى هذا المعنى :

Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 4e éd. 1949, No. 94.

(٢) Notre thèse précitée, pp. 235, 236.

(٣) فى هذا المعنى :

Saleilles, Rapport précité, p. 335 et s. — Ripert, ibid. — Dabin, op. cit., pp. 303. — Notre thèse précitée, pp. 236-240.

ولكن انظر عكس ذلك :

Vallet, thèse précitée, p. 109. — Dobrovici, thèse précitée, pp. 181, 182. — El-Kholy, La réparation en nature en droit français et en droit égyptien, thèse, Paris, 1954 (imp. 1957), Nos. 5 et s., No. 239.



على نحو معين ، وهنا لا يكفي — لاجابة طلبه — أن يتأكد القاضى من وجود الحق المدعى فحسب ، بل يجب أن يتحقق كذلك من أن الاستعمال المرجو منه لا يحمل معنى التعسف ، وفى حالة التعسف يكتفى برفض طلب صاحب الحق وهو ما يمنع من وقوع الاستعمال التعسفى أصلا ، فلا تثور حينئذ مشكلة مسئولية بل يمنع ذلك فى الواقع قيامها من بعد «١» .

والدور الوقائى الذى تقوم به فكرة التعسف فى استعمال الحق ، قد بصرت به المحاكم المصرية فى ظل التقنين المدنى القديم فأكدت مبدأه وطبقته فى بعض الحالات «٢» .

وكذلك لم يغفل المشرع المصرى عن البصر بهذا الدور الوقائى لفكرة التعسف واعماله صراحة فى بعض الحالات . فمن ذلك ما سبقت الاشارة اليه من أن المشرع يعلق استعمال المؤلف ما يخوله حقه من سلطة سحب مصنفه من التداول أو ادخال تعديلات جوهرية عليه برغم تصرفه فى حقوق الاستغلال المالى على موافقة المحكمة ( م ٤٢ من قانون حماية حق المؤلف ) ، مما يجعل للقضاء رقابة مبتدأة على استعمال هاتين السلطتين يملك بمقتضاها — عند تخلف المبرر المشروع وتبين التعسف من جانب المؤلف — رفض الاذن له فى الاقدام على مثل هذا الاستعمال «٣» . وكذلك فان ما ينص

---

(١) راجع فى تفصيل ذلك :

Notre thèse précitée, p. 237 et s.

(٢) فمن ذلك ما قضى به من أنه اذا خوصم شخص فى دعوى بوصفه وكىلا عن آخرين مقيمين فى الخارج ، فأعلن رغبته فى التنحى عن الوكالة فى هذه الدعوى ، وتبين من الظروف أنه انما يرغب بذلك فى تعطيل هذه الدعوى وتحميل المدعين متاعب جمة فى اعلان خصومهم فى الخارج بالنظر الى أنه لم يبد عذرا مقبولا لتنحيه عن تمثيل المدعى عليهم مع أنه يمثلهم فى نفس الوقت فى دعوى أخرى مرتبطة بهذه الدعوى وعن نفس الأعيان ، فيكون متعسفا فيما يريد من استعمال حق التنحى عن الوكالة ، وهو ما يتعين معه رفض تنحيه واعتباره ممثلا لوكليه تمثيلا قانونيا صحيحا ( انظر : الزقازيق الكلية ، ١٩ مايو سنة ١٩٢٩ ، المحاماة ، ١٠/٩٢/١٨٠ . وانظر كذلك فى تأكيد الدور الوقائى لفكرة التعسف : مصر الكلية ، ٣١ مايو سنة ١٩٣٧ ، المحاماة ، ١٨/٣١/٧٤ ) .

(٣) انظر سابقا ، ص ٦٥٨ و ٦٥٩ .



عليه المشرع من أنه « اذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين ، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض تقدي ، اذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما » ( م ٢٠٣ / ٢ مدني ) ، يعنى أنه اذا تعسف الدائن في اقتضاء ما له من حق في التنفيذ العيني ، لغير مصلحة جدية ، منع من ذلك وأجبر على قبول التعويض النقدي « ١ » . ففي هذه الأمثلة وغيرها « ٢ » ، لا ثور في الواقع مشكلة المسؤولية أو التعويض عن ضرر واقع ، بل تفرض رقابة مبتدأة تمنع الاستعمال التعسفي للحق وتحول دون وقوع ضرر أصلا .

وعلى هذا النحو ، تقوم فكرة التعسف في استعمال الحق بدور وقائي ودور علاجي على السواء بما تفرض — على استعمال الحقوق — من رقابة سابقة أو لاحقة بحسب الأحوال ، وفي ذلك ما يبرر — بالنظر الى اتساع دورها على هذا النحو اتساعا يجاوز ما تقتصر عليه فكرة المسؤولية من دور علاجي فحسب — استقلال فكرة التعسف بكيان ذاتي خارج نطاق المسؤولية التقصيرية « ٢ » .

وبذلك يخلص من كل ما تقدم أن فكرة التعسف فكرة ملازمة ومكملة لفكرة الحق ، وأنها تثير مشكلة أولية سابقة على مشكلة المسؤولية ، وتجاوز — في دورها وجزائها — الدور والجزاء التعويضي البحت الذي تقتصر عليه فكرة المسؤولية ؛ وأنها لكل أولئك يجب أن تتوافر على كيان ذاتي خارج دائرة المسؤولية التقصيرية ، لتصبح نظرية مستقلة تجد مكانها الطبيعي في نطاق النظرية العامة للحق .

ويبدو أن الاتجاه السائد في القوانين الحديثة ، التي تأخذ صراحة بنظرية

(١) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، هامش ص ٨٥١ ؛ ج ٢ ، فقرة ٤١٠ وهامش (٢) ص ٧٦٤ . — اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٦٥ .

(٢) أنظر في ذلك : اسماعيل غانم ، الموضع السابق .

(٣) واذا كان بعض انصار اعتبار التعسف خطأ يدخل في دائرة المسؤولية التقصيرية يسلمون بما لفكرة التعسف من دور وقائي يميزها بكيان خاص ، فهم يستمسكون رغم ذلك باعتبارها — فيما يتعلق بدورها العلاجي — مجرد تطبيق للنظرية العامة في المسؤولية التقصيرية ( اسماعيل غانم ، الموضع السابق ) . وظاهر ما في ذلك من تجزئة غير مقبولة لطبيعة فكرة التعسف وموضع نظريتها .



عامة للتعسف في استعمال الحق ، يؤيد هذا النظر من اعتبار هذه النظرية نظرية مستقلة ذات كيان ذاتي لا مجرد تطبيق من تطبيقات الخطأ أو المسؤولية؛ وهذا ظاهر من حرصها على وضع هذه النظرية في النصوص التمهيدية لتقنياتها لا في النصوص الخاصة بالمسؤولية التقصيرية (١) .

وهذا هو نفس موقف المشرع المصري كذلك الذي نص على فقرة التعسف في الباب التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ( م ٤ و ٥ ) ، وحرص على أن يؤكد صراحة - في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى لهذا التقنين - ما يعنيه ذلك من استقلال هذه النظرية عن النظرية العامة للمسؤولية التقصيرية بقوله انه « ... أحل النص الخاص بتقرير نظرية التعسف في استعمال الحق مكانا بارزا بين النصوص التمهيدية ، لأن لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع . وإذا كان القضاء قد رأى أن يستند في تطبيقها الى قواعد المسؤولية التقصيرية بسبب قصور النصوص ، فهو لم يقصر هذا التطبيق على ناحية معينة من نواحي القانون المدنى وانما بسطه على هذه النواحي جميعا بل وعلى نواحي القانون قاطبة... ولذلك أثر ( المشروع ) أن يضع هذه النظرية وضعا عاما محتزيا مثال أحدث التقنيات وأرقاها (٢) » .

(١) انظر سابقا ، فقرة ٤٠٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٢٠٧ .  
وانظر كذلك قول المذكرة الايضاحية في موضع آخر : « أن نظرية التعسف في استعمال الحق لم يفرد لها مكان بين أحكام المسؤولية ، بل عولجت في سياق النصوص التمهيدية ، باعتبار أن ما لها من عموم التطبيق يجاوز حدود هذه الأحكام » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٢ ، ص ٣٥٠ و ٣٥١ ) .  
ومع ذلك ، فإن جانباً كبيراً من الفقهاء المصريين لا يرى في وضع نظرية التعسف في استعمال الحق في الباب التمهيدى للتقنين المدنى الجديد - لتكون مبدأ من المبادئ الجوهرية التى تسود جميع نواحي القانون - أى تغيير فى أساسها القانونى كصورة من الخطأ تدخل بمقتضاها فى نطاق المسؤولية التقصيرية ؛ انظر فى ذلك خاصة : عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٥٥٧ و ٥٦٤ . - جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، ص ٢٤٦ . - عبد المنعم البدر اوى ، المرجع السابق ، فقرة ٢٨٥ . - عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، فقرة ٤٣٨ .



وإذا كان جمهور الفقه الفرنسي ما زال يستمسك — مؤيدا في ذلك القضاء — باعتبار التعسف تطبيقا عاديا أو خاصا لفكرة الخطأ ويستبقى بذلك نظرية التعسف في استعمال الحق داخل نطاق النظرية العامة للمسئولية التقصيرية ، فثم اتجاه بدأ يقوى أخيرا في محيط هذا الفقه «<sup>١</sup>» داعيا الى اخراج نظرية التعسف من دائرة المسئولية باعتبارها مبدأ من المبادئ العامة للقانون في شأن تحديد مدى استعمال الحقوق . وقد سبق «<sup>٢</sup>» أن أملنا انحياز المشرع الفرنسي صراحة الى هذا الاتجاه الصحيح السائد كذلك في القانون الحديث ، ويبدو أنه اليوم في طريقه الى ذلك «<sup>٣</sup>» .

(١) أنظر في ذلك خاصة :

Ripert, op. cit., Nos 89-94. — Planiol, Ripert et Esmein, op. cit., t. VI, No. 578. — Dabin, op. cit., pp. 293-300, 303.

ولكن نواة هذا الاتجاه ترجع الى أوائل القرن الحالى ، أنظر خاصة :

Saleilles, Rapport précité, p. 335 et s. — Bonnecase, op. cit., t. III, No. 236.

غير أن القائلين بهذا الاتجاه لا يتفقون على معيار واحد للتعسف ، بل يضيقون أو يوسعون في مدلول التعسف ونطاقه تبعا لما يرسمون لنظرية التعسف من دور أخلاقى ودور اجتماعى ( أنظر في هذه الاختلافات وتقديرها : رسالتنا سائفة الذكر ، ص ٢٠٩ وما بعدها ) .

(٢) Notre thèse précitée, p. 246.

(٣) فقد أقرت لجنة تنقيح التقنين المدنى الفرنسي — بعد استعراض أوجه النظر المختلفة — الاتجاه القائل بوضع نص عام يحرم التعسف في استعمال الحق استقلالا عن فكرة الخطأ (Travaux de La Commission de réforme du code civil, t. VI, 1950 - 1951 p. 21) ، وانتهت فعلا الى صياغة نظرية التعسف في نص يقرر أن « كل تصرف أو فعل يجاوز — اما بنية صاحبه أو موضوعه أو الظروف الحادثة فيها — الاستعمال العادى للحق مجاوزة ظاهرة لا يحميه القانون ، ويرتبه احتماليا مسئولية صاحبه . » ولا يسرى هذا الحكم على الحقوق التى ، بسبب طبيعتها أو بمقتضى القانون ، يمكن استعمالها بطريقة تقديرية » [ أنظر النص الفرنسى الذى أوردهنا سابقا ، هامش (٢) ص ١٠٨٧ ] . ووافقت اللجنة على وضع هذا النص فى السبب التمهيدي بين نصوص النظرية العامة للقانون فى فصل مستقل عنوانه « الاستعمال غير العادى للحقوق » ، والفضة بذلك اقتراحا بوضعه فى الفصل الخاص بالمسئولية التقصيرية نظرا لما يبرزه هذا النص — بعبارة « لا يحميه القانون » — من ارتهاك حماية القانون للحق أساسا باستعماله استعمالا عاديا لا تعسف فيه

(Travaux de La Commission de réforme, op. cit., p. 24, 25)



## الفصل الثاني

### معايير التعسف وضوابطه

#### ٤٠٥ - أصول ووسائل تحديد معيار التعسف

يثير تحديد معيار التعسف مشكلتين رئيسيتين : الأولى تتعلق بالأصول التي تحكم هذا التحديد ، والثانية تتعلق بالوسائل أو الأدوات الفنية التي تعبر عن هذه الأصول وتحققها .

(١) **أصول تحديد معيار التعسف :** تتعين الأصول التي تحكم تحديد معيار التعسف على ضوء تأصيل التعسف وتكييفه من ناحية ، وعلى ضوء دور نظرية التعسف ووظيفتها من ناحية ثانية .

ففيما يتعلق بتأصيل التعسف وتكييفه ، نجد أن اعتبار التعسف مجرد تطبيق عادي من تطبيقات فكرة الخطأ يلغى مشكلة تحديد معياره ، إذ يكون معياره حينئذ هو ذات معيار الخطأ أي الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي «أ» . وإنما تبدأ مشكلة تحديد معيار التعسف بالفصل بينه وبين الخطأ التقليدي والخروج به من دائرة المسؤولية التقصيرية ؛ بل وتظل قائمة كذلك حتى في منطق اعتبار التعسف نوعاً متميزاً من الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، إذ في ذلك خروج بالخطأ عن معناه الفني الدقيق مما يقتضي تحديد المقصود بخصوصية هذا الخطأ المزعوم .

والواقع أن الفصل في تأصيل التعسف بينه وبين الخطأ العادي التقليدي — سواء انتهى الأمر إلى إخراجه من دائرة المسؤولية التقصيرية أو استبقائه فيها — إنما يقوم أساساً على الربط بين فكرة التعسف وبين فكرة الحق كما رأينا ، باعتبار مشكلة التعسف في حقيقتها مشكلة تحديد مدى استعمال الحق . وفي هذا الصدد تبدو أهمية دور نظرية التعسف ووظيفتها في تحديد معياره .



وقد ذهب بعض الفقهاء الى قصر دور نظرية التعسف على مجرد دور أخلاقي تشيع به الروح الأخلاقية السامية في استعمال الحقوق «<sup>١</sup>» ، وهو ما تأدى بهم الى التضيق في مدلول التعسف الى حد حصر معياره في نية الاضرار عند صاحب الحق دون نفع ظاهر يعود عليه ، أو — عند تخلف هذه النية — في عدم مبالاته بما ينتج عن استعمال الحق من ضرر «<sup>٢</sup>» . ولكن اعتبار دور نظرية التعسف في استعمال الحق على هذا النحو دورا أخلاقيا يهدد بطمس معالم الحدود بين القانون والأخلاق رغم اختلافهما البين في الهدف والغاية كما سبق القول «<sup>٣</sup>» . فضلا عن أن نظرية التعسف لا تستهدف في الواقع تحقيق قيم شخصية كمالية لدى صاحب الحق وإنما تستهدف تحقيق قيم اجتماعية نفعية من وراء استعمال الحق ، اذ هي نظرية قانونية والقانون ليس نظاما أخلاقيا وإنما هو نظام اجتماعي ؛ وإذا كان القانون يفرض بهذه النظرية احترام بعض الواجبات الأخلاقية فلأنها في الواقع واجبات اجتماعية أساسا ، وليس في وحدة الحلول بين القانون والأخلاق في بعض الفروض ما يفيد وحدة الأساس الذي تقوم عليه في كل منهما «<sup>٤</sup>» . ويبقى كذلك أن التضيق في معيار التعسف نتيجة ما ينسب الى نظرية التعسف من دور أخلاقي محض ينتقص كثيرا من قيمة هذه النظرية وأهميتها ، ويطلق العنان لأصحاب الحقوق في استعمالها طالما لا يحمل هذا الاستعمال معنى المخالفة الأخلاقية رغم ما قد يعنيه من مجافاة غاية الحق أو اهدار صالح

---

(١) انظر في هذا الاتجاه خاصة :

Saleilles, Rapport précité, p. 334 et s. — Savatier, Des effets et de la sanction du devoir moral en droit positif français et devant la jurisprudence, thèse Poitiers, 1916, pp. 23, 24 — Bon-necase, op. cit., t. III, Nos. 225, 236, 237 — Ripert, La règle morale, Nos. 89, 94, 102. — Amiaud, Rapport général précité, pp. 786 - 788. — Dabin, op. cit., pp. 293 - 300.

Dabin, op. cit., p. 300 (٢)

(٣) انظر سابقا ، ص ٤٠ .

(٤) انظر سابقا ، ص ٥٥ .



الجماعة «١» •

والواقع أن الدور الصحيح لنظرية التعسف في استعمال الحق ينبغي تحديده على ضوء ما سبق ذكره من أن الحقوق ليست غاية في ذاتها وإنما هي مجرد وسيلة لتحقيق غاية معينة «٢»، بحيث يكون من الطبيعي وجوب التزام الاستعمال الواقعي للحقوق حدود غاياتها. وبذلك تبدو فكرة التعسف مرتبطة أساساً بغاية الحق لا بأصول الأخلاق كما يذهب البعض، فيحدد دور نظرية التعسف بتحقيق الاستعمال الموافق لغاية الحق لا بالاستعمال الأخلاقي للحق، ويكون ما تعلنه هذه النظرية من نسبية الحقوق نسبية غائية لا نسبية أخلاقية. وعلى ضوء اعتبار نظرية التعسف، على هذا النحو، هي نظرية تحديد مدى استعمال الحق وفق غايته، يتحدد معيار التعسف تحديداً طبيعياً بالانحراف عن غاية الحق «٣» • وهذا التحديد بعد يحظى بتأييد تشريعي «٤» وفقهي «٥» كبير في القانون الحديث اليوم •

(١) انظر في انتقاد الدور الأخلاقي المنسوب إلى نظرية التعسف :

Notre thèse précitée, pp. 224 - 227.

(٢) Cézar - Bru et Morin, article précité, p. 99

(٣) انظر في تفصيل ذلك :

Notre thèse précitée, pp. 232-235 ; 239-241 ; 278-280.

(٤) انظر خاصة نص التقنينين السوفييتي والبناني، سابقاً ص ١٠٨٦ •

(٥) انظر خاصة في تأييد هذا المعيار، سواء مع القول بإبقاء التعسف

داخل دائرة المسؤولية التقصيرية أو خروجه منها :

Porcherot, thèse précitée, pp. 207-215. — Charmont, article précité, p. 124. — Reynaud, thèse précitée, pp. 49-51. — Cézar-Bru et Morin, article précité, pp. 99, 100. — Laparre, thèse précitée, p. 42. — Perrochet, thèse précitée, pp. 253, 254. — Demogue, op. cit. t. IV, Nos 679, 681 — Josserand, op. cit., Nos. 291 et s.—Marson, thèse précitée, pp. 158-161.—De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., Nos. 454, 464.

بل ان بعض خصوم هذا المعيار من الفقهاء كانوا في وقت ما من مؤيديه،

انظر بصفة خاصة :

Saleilles, Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand, 3e éd. (nouveau tirage), 1925, p. 371 en note. — H. Mazeaud, Le vote privilégié dans les sociétés de capitaux, 2e éd., 1929, Nos. 90-92.



وإذا كان بعض الفقهاء «١» ما يزالون يتخوفون من تحديد معيار التعسف في استعمال الحق على هذا النحو توقيا — كما يقولون — من تحكم القضاء أو من انزلاقه فيما وراء القانون إلى ميدان السياسة وهو ميدان غير مأمون المواقب ، فلا نرى — رغم ذلك — مبررا لهذا التخوف . فالقضاء دائما خير من يزن الأمور بميزانها الصحيح دون تحكم أو انحراف ؛ فضلا عن أن القاضي — في توليه تحديد غاية الحقوق — لا يتبع آراءه الشخصية ومعتقداته السياسية وإنما يستلهم روح القانون ومبادئه العامة والتيارات السائدة في الجماعة مما يجعل تحديده قائما على أسس موضوعية مستقرة لا على نزعات شخصية نسبية متغيرة ؛ وفي وجود محكمة النقض من فوقه كذلك — وهي الرقابة على صحة تطبيق القانون بما يكفل وحدة هذا التطبيق — خير ضمان لالتزام القصد والاعتدال وتوقي التحكم والانحراف في التقدير «٢» . ويبقى — على أي حال — أن بعض المعارضين على معيار غاية الحق — وهم أساسا من يعتبرون التعسف محض تطبيق من تطبيقات الخطأ العادي — يسلّمون بأن هذا المعيار لا يختلف نتائج تطبيقه بوجه عام عن نتائج تطبيق معيارهم «٣» ، مما يجعل اعتراضهم عليه في الواقع شكليا لا يمس جوهره .

(٢) وسائل تحديد معيار التعسف : إذا تعينت الأصول التي تحكم تحديد معيار التعسف ، فيجب البحث عن الوسائل والأدوات الفنية التي تمكن من التعبير عن هذه الأصول وصياغتها ونجد في هذا الشأن وسيلتين رئيسيتين : الأولى تكتفي بوضع مبدأ عام كل العموم يعبر عن المعيار المختار

(١) انظر خاصة :

Ripert, op. cit., No. 103. — Mazeaud, op. cit., t. I No. 573 — Planiol, Ripert et Esmein op. cit., t. VI, No. 375, p. 803.—Amiaud, Rapport général précité, p. 784, 785.

عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، فقرة ٥٦٢ ، ص ٨٤٧ .

(٢) انظر في ذلك :

Notre thèse précitée, p. 282.

Mazeaud, op. cit., t. I, No. 580. (٣)



للتعسف دون تعرض لتفصيل ما يندرج تحت هذا المبدأ من صور متعددة ،  
والثانية تعدد الصور المختلفة المعبرة عن الأصول المستهدفة دون إبراز المبدأ  
العام الذي يحكمها .

وواضح أن الوسيلة الثانية هي الوسيلة الطبيعية في كل قانون يخلو  
من نص تشريعي يقرر الأخذ بنظرية عامة للتعسف في استعمال الحق، اذ يكون  
تقرير هذه النظرية حينئذ من صنع القضاء ؛ والقضاء لا يضع قاعدة عامة  
تواجه مختلف الصور والفروض وانما يحكم في دعاوي منفردة لكل منها  
ما يميزها من خصوصياتها ووقائعها، فيكون محتوما أن يخرج معيار التعسف  
صورا متعددة لا مبدأ عاما واحدا ؛ وإذا كان الفقه عادة يتولى من بعد مهمة  
استخلاص الاتجاه العام للقضاء والمبدأ الذي يجمع شتات هذه الصور «<sup>١</sup>»،  
فان ذلك لا يعني أن معيار التعسف قد تحول بذلك - في نطاق القانون  
الوضعي - من الوسيلة الثانية الى الوسيلة الأولى .

أما الوسيلة الأولى وهي وضع مبدأ عام يحكم معيار التعسف دون  
تحديد أو تحديد لصوره ، فاذا كان الأصل أنها الوسيلة المناسبة للتشريع  
حيث يحسن الارتفاع الى الأصول الكلية دون النزول الى التطبيقات  
الفرعية؛ وكانت هي الوسيلة التي سلكها أكثر المشرعين في القوانين الحديثة ؛  
فليس مقتضى ذلك أنها الوسيلة الوحيدة لصياغة معيار التعسف صياغة  
تشريعية ، فقد يفضل بعض المشرعين عليها الوسيلة الثانية من تحديد صور  
التعسف كما فعل المشرع المصري في التقنين المدني الجديد ( م ٥ ) .

وإذا كان ينبغي التفصيل بين الوسيلتين في مجال التشريع ، فلا تردد في  
تفضيل الوسيلة الأولى ؛ ففضلا عن كونها أكثر مناسبة للعمل التشريعي كما  
قلنا ، فهي تعتبر كذلك الوسيلة المرنة المتجاوبة مع التطور ، على خلاف  
الوسيلة الثانية التي تحصر معيار التعسف في صور محددة لا يلبث أن يتبدى  
قصورها وعدم اجابتها بكل ما قد يظهره تقدم الزمان وتطور الأوضاع

---

(١) في هذا المعنى :

Notre thèse précitée, p. 277.



والعلاقات الاجتماعية من ضروب وصور جديدة من التعسف في استعمال الحقوق •

وعلى هذا النحو ، اذا كنا — كما سبق البيان — نرفض اعتبار التعسف تطبيقاً عادياً من تطبيقات الخطأ ونرفض بالتالى اجراء معيار الخطأ عليه ، واذا كنا كذلك ننكر الدور الأخلاقى الذى ينسبه البعض الى نظرية التعسف في استعمال الحق ونرفض بالتالى حصر معياره أساساً في صورة توافر نية الاضرار عند صاحب الحق كما يفعل المشرع الألمانى «١»؛ فاننا وقد حددنا — على ضوء ما ارتضيناه من أصول — معيار التعسف في استعمال الحق بالانحراف عن غايته، نفضل — لما أوضحنا من أسباب — الاكتفاء في التشريع بوضع مبدأ عام يقضى بتحريم الانحراف عن غاية الحق في استعماله وتجريد الحق من حماية القانون بهذا الانحراف ، لا الاقتصار على تحديد أو تحديد صور هذا الانحراف التى تبقى حتماً صوراً ناقصة غير ملائمة للتطور «٢» •

(١) انظر سابقاً ، ص ١٠٨٦ •

(٢) وتحديد معيار التعسف بوضع مبدأ عام يرهن حماية القانون للحق بانتزام غايته في استعماله على النحو الذى ذكرناه ، ينبغى الاكتفاء فيه بالإشارة الى غاية الحق عموماً دون تحديد أو وصف لهذه الغاية ، لأن الغايات تختلف باختلاف الحقوق وتفاوت طبيعتها والغرض منها. ولذلك نفضل تجنب ما يذهب اليه بعض الفقهاء من وصف هذه الغاية بأنها « غاية اجتماعية » (but social) حتى لا ينصرف الذهن — ولو أخذنا بظاهر هذا الاصطلاح — الى اعتبار ان الحق بذلك يصير محض واجب أو وظيفة اجتماعية لتحقيق الصالح العام الاجتماعى وحده دون أى وزن لتحقيق الصالح الفردى •

بل لعل أخذ غاية الحق على هذا المعنى الظاهر هو الذى يكمن وراء ما يراه بعض الفقهاء من قصر معيار الغاية — في تحقق التعسف — على ما يسمونه « الحقوق الوظيفية » (droits-fonction) أو « الحقوق الغيرية » (droits à fin altruiste) ، دون « الحقوق الذاتية أو الانانية » (droits à fin égoïste) التى يحددون معيار التعسف في شأنها بنية الاضرار أو بالاستعمال المنافى للأخلاق ، انظر في ذلك خاصة :

Rouast, article précité, p. 5 et s. — Dabin, op. cit., p. 217 et s., p. 241 et s., pp. 289 - 292).

ولكن فهم غاية الحق على وجهها الصحيح من أنها مختلفة من حق الى آخر وانها لا تعنى بالضرورة في كل صور الحق صالح الجماعة العام وحده دون الصالح الفردى، يجرّد هذه التفرقة بين الحقوق — في شأن معيار التعسف في استعمالها



وهذا المسلك الذى تفضله هو بعد المسلك الذى تسير عليه اليوم كثير من التقنيات الحديثة التى وصلت لتشريع نظرية التعسف فى استعمال الحق ، كالتقنين السوفييتى واللبنانى خاصة (١) .

وإذا كانت هذه هى أصول ووسائل تحديد معيار التعسف التى نرتضيها ، فينبغى الوقوف على كيفية تحديده فى القانون المصرى لتقدير مسلك المشرع المصرى من بعد على ضوء هذه الأصول والوسائل .

— من قيمتها . ومن ناحية أخرى ، فهذه التفرقة تحمل طابع المغالاة فيما تقيمه من تقابل عكسى بين النوعين من الحقوق ، الى حد أن بعض القائلين بها لم يلتزموا حرفيتها واطلاقها فاعترفوا بوجود طائفة ثالثة من الحقوق وسط بين الحقوق الوظيفية والحقوق الذاتية يتحقق التعسف فى استعمالها بتوافرنية الاضرار او بالانحراف عن غاية الحق على السواء (Rouast, article précité, pp. 7, 8) والواقع أنه وقد مضى اليوم زمان الفردية الصارخة التى كانت تجعل الفرد دون الجماعة هو محور القانون والحقوق ، وأمام ما ينبغى التسليم به من طبيعة الفرد المزدوجة - انفرادية والاجتماعية - التى لا بد وأن ينعكس أثرها كذلك على طبيعة حقوقه وغاياتها ، وأمام ما سبق تأكيدده من قبل من ضرورة الإبقاء على فكرة الحق دون تحويله الى مجرد واجب أو وظيفة اجتماعية ؛ لم يعد ثم مكان اليوم لطائفة الحقوق الذاتية أو الانانية الخالصة التقليدية التى تعطى فحسب لمجرد تحقيق الصالح الشخصى لأصحابها وتقوم على عنصر فردى بحت ، بل قد تلاشت الآن هذه الطائفة لتصبح هى تلك الطائفة الوسط التى يقولون بوجودها حيث تمثل الحقوق فيها جانب الميزة الفردية وجانب الوظيفة على السواء وتقوم على عنصر فردى وعنصر اجتماعى معا أيا كان العنصر الغالب منهما ، مما يجعل من الطبيعى ارتهاج حماية القانون لها بالتزام غايتها وتحقيق انتوازن بين عنصريها ( انظر فى ذلك : Notre thèse précitée, pp. 126-129) ولو سلمنا جدلا بوجود طائفة الحقوق الذاتية الخالصة الى اليوم، فمقتضى اعتبارها معطاة لتحقيق الصالح الشخصى لأصحابها القول بأن التعسف فى استعمالها لا يتحقق فحسب عند تخلف هذا الصالح ، بل وكذلك عند عدم مشروعيته - أذ لا يتصور الادعاء بأن الحقوق تعطى حتى لتحقيق المصالح غير المشروعة لأصحابها - ؛ وهو ما يعنى فى الواقع العود - فى تحديد التعسف - الى معيار غاية الحق الذى ينكره أصحاب هذا الراى فى شأن هذه الطائفة من الحقوق ( انظر : Notre thèse précitée, p. 281).

(١) انظر سابقا، ص ١٠٨٦ .

وانظر فى أخذ مشروع التقنين الفرنسى الايطالى للالتزامات بمعيار عام هو معيار غاية الحق ومعيار حسن النية :

Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 574, 592.



#### ٤٠٦ - اخذ المشرع المصري بمجموعة من معايير التعسف وضوابطه

سبق أن أشرنا الى أن المشرع المصري قد سلك الوسيلة الثانية من وسائل تحديد معيار التعسف في استعمال الحق فجرى على تعديد الصور المختلفة للتعسف دون ابراز الأصل الذي يجمعها ، مخالفًا بذلك مسلك أكثر التقنيات الحديثة المقررة لنظرية التعسف في استعمال الحق في الاكتفاء بوضع مبدأ عام كل العموم يعبر عن التصوير المختار للتعسف دون تفصيل ما يندرج تحت هذا المبدأ من صور متعددة .

وتبرر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد مسلك تعديد صور التعسف وضوابطه على أساس ما يمتاز به من وضوح يهيم عناصر واقعية نافعة للاسترشاد ، فضلا عن كونه المسلك المستمد من الفقه الاسلامى والمتولد من التطبيقات العملية التى انتهى اليها القضاء المصرى من قبل عن طريق الاجتهاد «١» .

وقد أشرنا من قبل الى تفضيلنا وسيلة الاكتفاء بمعيار عام للتعسف دون وسيلة تفصيل صور التعسف للأسباب التى بينها ، مما سيكون له وزنه عند تقدير مسلك المشرع المصرى فى هذا الشأن من بعد عقب الفراغ من عرض وبحث ما يجمده من معايير وصور التعسف المختلفة .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يحدد خمسة معايير وضوابط تفصيلية للتعسف فى استعمال الحق ، هى الآتية : (١) اذا لم يقصد باستعمال الحق سوى الاضرار بالغير . (٢) اذا كان هذا الاستعمال متعارضا مع مصلحة عامة جوهرية . (٣) اذا كانت المصالح التى يرمى هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة . (٤) اذا كانت المصالح المقصودة من استعمال الحق قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . (٥) اذا كان استعمال الحق من شأنه أن يعطل استعمال حقوق تتعارض معه تعطىلا . يحول دون استعمالها على الوجه المألوف (م ٦ من المشروع التمهيدى) «٢» .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، ج ١، ص ٢٠٨ و ٢٠٩ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٢٠١ .



ثم انتهى الأمر الى حذف معيارين من هذه المواير ، فخرجت المادة الخامسة من التقنين المدني مقتصرة على معايير ثلاثة فحسب ، حيث تنص على أن « يكون استعمال الحق غير مشروع في الأجوال الآتية : (أ) اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير . (ب) اذا كانت المصالح التي يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . (ج) اذا كانت المصالح التي يرمى الى تحقيقها غير مشروعة » . وبذلك استبعد معيار الاستعمال المتعارض مع مصلحة عامة جوهرية ، ومعيار الاستعمال الذي يحول دون استعمال حقوق أخرى على الوجه المألوف .

ولا نجد في المجموعة المنشورة للأعمال التحضيرية للتقنين المدني ما يشير الى سبب هذا الاستبعاد . غير أن أستاذنا الدكتور عبد الرزاق السنهوري - وهو واضع المشروع التمهيدي ورئيس لجنة المراجعة التي قامت بحذف واستبعاد هذين المعيارين - يقدم تبريرا لذلك .

فهو يبرر استبعاد المعيار الأول ، وهو معيار الاستعمال المتعارض مع مصلحة عامة جوهرية «<sup>١</sup>» ، بأنه معيار « أقرب الى أن يكون خطة تشريعية ينهج المشرع على مقتضاها في وضع تشريعات استثنائية تقتضيها ظروف خاصة ، من أن يكون معيارا يتخذه القاضي للتطبيق العملي في الأقضية اليومية » «<sup>٢</sup>» . واذا كان هذا التبرير مقبولا في الأصل وخاصة اذا اعتبرت معايير التعسف المذكورة في المادة الخامسة وارادة على سبيل الحصر ، الا أنه

---

(١) وتذكر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي في شأن هذا المعيار، انه « معيار مادي استقاه المشرع من الفقه الإسلامي وقننته المجلة من قبل ، اذ نصت في المادة ٢٦ على أن الضرر الخاص يتحمل لدفع ضرر عام » ( انظر أيضا المواد ٢٧ و ٢٨ و ٢٩ من المجلة ) . واكثر ما يساق من التطبيقات في هذا الصدد عند فقهاء المسلمين يتعلق بولاية الدولة في تقييد حقوق الأفراد صيانة للمصلحة العامة ، كمنع اختزان السلع تجنباً لاستغلال حاجة الأفراد اليها خلال الحروب والجوائح . على أن الفكرة ، في خصبها ، لا تقف عند حدود هذه التطبيقات ، فهي مجرد أمثلة تجتمل التوسع والقياس ( مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ، ص ٢٠٩ ) .

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ٥٦٤ ، ص ٨٤٨ . (٢)



لو أخذ — كما سنرى — بأن هذه المعايير ليست إلا مجرد تطبيقات لأصل عام هو عدم الانحراف عن غاية الحق ، فليس ما يمنع حينئذ — حتى في شأن التطبيق العملي للأقضية اليومية — من أن تنطوى صورة استعمال الحق المتعارض مع مصلحة عامة جوهرية تحت هذا الأصل العام «١» .

ويبرر كذلك استبعاد المعيار الثاني، وهو معيار الاستعمال الذي يحول دون استعمال حقوق أخرى على الوجه المألوف، بأنه ليس إلا معيار «الضرر الفاحش» الذي يطبق في حقوق الجوار ، ومضار الجوار تخرج عن نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق ، لأن الضرر الفاحش فيما بين الجيران ليس تعسفاً في استعمال الحق بل هو خروج عن حدود الحق «٢» . وإذا كان صحيحاً أن هذا المعيار المستبعد هو بذاته معيار « مضار الجوار غير المألوفة » أو «الضرر الفاحش» المنصوص عليه خاصة في صدد حق الملكية، إلا أن معيار مضار الجوار غير المألوفة يمثل في حقيقته — وهو ما سنبينه من بعد — صورة من صور التعسف في استعمال الحق لا صورة من صور مجاوزة حدوده «٣» . ولذلك ينبغي أن يحمل استبعاد المعيار العام المؤصل له من صلب المادة الخامسة من اتقنين المدني ، لا على خروجه أصلاً من نطاق فكرة التعسف ، وإنما على الاكتفاء — منعا للتكرار — بالتطبيق الوارد له في شأن حق الملكية بصدد حقوق الجوار وهو تطبيقه الرئيسي «٤» .

(١) قرب من ذلك قول أستاذنا الدكتور أنور سلطان أن المقصود باستبعاد بعض المعايير التي كانت موجودة في المشروع التمهيدي هو « عدم الاسترسال في ذكر تطبيقات النظرية ، والاكتفاء بالمبدأ العام الوارد في المادة الرابعة من وجوب استعمال الحق استعمالاً ( مشروعاً ) . وطبيعي أنه لا يمكن الادعاء أن الحق استعمالاً استعمالاً ( مشروعاً ) إذا كان هذا الاستعمال متعارضاً مع مصلحة عامة جوهرية » ( أنور سلطان ، المقالة السابقة ، ص ٩٣ و ٩٤ ) .

(٢) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ٥٦٣ ، ص ٨٤٩ .

(٣) انظر في تفصيل ذلك :

Notre thèse précitée, pp. 202-206 ; 273-275.

وكتابنا في الحقوق العينية سالف الذكر ، فقرة ١٠٥ ، ص ٢٩٥-٢٩٨ .

(٤) Notre thèse précitée, p. 273.

وكتابنا «محاضرات في المدخل للقانون» ، ص ٥٢٣ .



ولذلك اذا صح - حتى في منطق اعتبار معايير التعسف واردة في التقنين المدني على سبيل الحصر - استبعاد معيار الاستعمال المتعارض مع مصلحة عامة جوهرية من عداد معايير التعسف لعدم ظهوره أصلاً في التقنين، فينبغي - على العكس - احتساب معيار الضرر الفاحش ضمن هذه المعايير لأنه منصوص عليه في التقنين المدني على أى حال ولو جاء موضعه في صدد حق الملكية لا في نطاق النص العام لنظرية التعسف. ولذلك نعرض فيما يلي للمعايير الثلاثة الواردة في المادة الخامسة من التقنين المدني ولمعيار الضرر الفاحش كذلك .

#### ٤٠٧ - تمحيز قصد الاضرار بالغير

لعل هذا المعيار هو أقدم معايير التعسف وأكثرها شيوعاً في الشرائع المختلفة ، لكثرة تسخير الأفراد حقوقهم منذ قديم لمجرد تحقيق مآرب شخصية في النكاية والاضرار بالغير. ولذلك نص المشرع على أن استعمال الحق يكون غير مشروع « اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير » (م ١/٥) . وهذا المعيار ذاتي قوامه توافر نية الاضرار بالغير لدى صاحب الحق وتمحيزها لهذا الغرض ، بمعنى أن يكون الاضرار بالغير هو القصد الوحيد من استعمال الحق « ١ » . فلا يكفي لتوافر هذا المعيار اذن وجود قصد الاضرار بالغير عند صاحب الحق اذا لم يكن هو قصده الوحيد ، بل كان له - الى جواره - قصد آخر كقصد تحقيق مصلحة لنفسه حتى ولو كان قصد الاضرار بالغير هو القصد الغالب أو الأساسى « ٢ » ، اذ النص على هذا المعيار صريح في أن استعمال الحق « لم يقصد به سوى الاضرار بالغير » . وليس معنى ذلك أن صاحب الحق لا يكون متعسفا في استعمال حقه على الاطلاق في هذه الصورة باعتباره يقصد الى تحقيق مصلحة له ، بل معناه فحسب عدم اعتباره

---

(١) Notre thèse précitée, p. 264.

(٢) انظر عكس ذلك :

عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، فقرة ٥٦٠ . - انور سلطان ، المرجع السابق ، ج ١ ، ص ٤٤١ . - اسماعيل غاتم ، المرجع السابق ، فقرة ٢٨٧ . - عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، فقرة ٤٤٢ .



متعسفاً في مفهوم هذا المعيار وحده ، دون أن ينفي ذلك إمكان توافر التعسف في شأنه على أساس معيار آخر كمنعيار عدم تناسب المصلحة المقصودة مع الضرر العائد على الغير أو معيار عدم مشروعية هذه المصلحة أو معيار الضرر الفاخس .

وإذا كان التعسف يتوافر — في مفهوم هذا المعيار — حيث يكون القصد الوحيد من استعمال الحق هو الاضرار بالغير ، فلا يغير من الوصف التعسفي لهذا الاستعمال بما قد يحققه من بعد من منفعة عارضة لم يقصدها صاحب الحق أصلاً «١» . فيتعسف إذن في استعمال حقه المالك الذي يفرس أشجاراً عالية كثيفة في أرضه لمجرد حجب الضوء عن جاره حتى ولو عادت هذه الأشجار على الأرض بالنفع «٢» ، ما دام هذا النفع لم يكن مقصوداً في ذاته بل جاء لتحقيقه عارضاً بحتاً إذ كان القصد الوحيد من غرسها هو مجرد الاضرار بالجار .

وإذا كان اثبات تمحض قصد الاضرار بالغير أمراً عسيراً ، فإن القضاء كثيراً ما يعتمد في استخلاصه على انعدام المصلحة لدى صاحب الحق من استعماله لحقه ، معتبراً هذا الانعدام قرينة على تمحض قصد الاضرار عنده «٣» . فالمالك الذي يقيم حائطاً مرتفعاً على حدود ملكه بحيث يحجب الضوء عن ملك جاره ، يعتبر بذلك متمحض القصد للاضرار بهذا الجار ، إذا لم تكن له مصلحة حقيقية في بناء مثل هذا الحائط المرتفع «٤» . وكذلك

(١) في هذا المعنى :

المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ، ص ٢٠٩ .

(٢) عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، فقرة ٥٦٠ .

(٣) في هذا المعنى :

Mazeaud, op. cit., t. I, No. 569

المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، الموضع السابق .

(٤) في هذا المعنى :

Appel mixte, 17 Avril, 1919, B. 13.252 ; 12 Décembre 1924. Gazette 15. 86. 126 ; 12 novembre 1929, B. 42.27.

مصر الكلية ، ٣١ مايو سنة ١٩٣٧ ، لمخاتمة ٧٤/٣١/١٨ .



الحال في شأن المالك الذي يقيم سياجا عاليا يطله باللون الأسود لا شيء  
الا لمجرد اظلام بناء جاره دون أى منفعة حقيقية تصود عليه من ذلك (١) ،  
والمالك الذي يقيم مدخله على ارتفاع عال لا يتغنى من وراء ذلك أى منفعة  
شخصية له والما مدفوعا بما يتسلط عليه من رغبة شريرة وشهوة خبيثة في  
الاضرار بجاره لحجب الضوء عن بنائه (٢) .

واذا كانت التطبيقات العملية لهذا المعيار ترد أساسا في شأن استعمال  
حق الملكية ، فهي ليست قاصرة عليه ، بل نجد أنها كذلك في شأن استعمال  
غيره من الحقوق . ولكن يراعى أن هذا المعيار — بتطلبه أن يكون  
القصد الوحيد من استعمال الحق هو مجرد الاضرار بالغير — يجعل بذلك  
حظه من التطبيق غير كبير لما يستهدفه عادة صاحب الحق من مقاصد أخرى  
الى جوار هذا القصد ، ويفتح المجال واسعا أمام غيره من المعايير .

ومن أمثلة الحقوق التي نصادف تطبيقات لهذا المعيار في شأنها حق إنهاء  
عقد العمل بالارادة المنفردة خاصة . مثل فصل العامل لمجرد الانتقام منه لأنه  
سمح لزوجته العاملة في نفس المنشأة بمقاضاة رب العمل ، أو لأنه أطلع  
مفتش العمل على ما ترتكبه المنشأة من مخالفات ، أو لأنه طالب بالحقوق المقررة  
له بمقتضى قوانين العمل (٣) ، أو لأنه قام بالشهادة ضد صاحب العمل (٤) .  
ومثل فصل العامل قبيل التنازل عن المنشأة لمجرد حرمانه من حقه في استمرار  
العقد مع المتنازل اليه (٥) .

(١)

Trib. civ. Sedan, 17 Décembre 1901, S. 1904. 2. 217, Note Appert

Colmar, 2 mai 1855. D. P. 1856. 2. 9. (٢)

(٣) أنظر في هذه التطبيقات :

محمود جمال الدين زكى ، عقد العمل في القانون المصرى ، ١٩٥٦ ، فقرة  
١٥٦ ، ص ٣٩٧ . أكثم أمين الخولى ، دروس في قانون العمل ، ١٩٥٧ ، فقرة  
١٥٢ ، ص ٢٥٧ .

(٤) القاهرة الابتدائية ، ٢٠ مارس سنة ١٩٥٦ ، المدونة العمالية  
للفكهانى ، ج ١ ، الكتاب الثالث ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٩ ، قطعة رقم ٤٨٢ ،  
ص ٥٧٩ .

(٥) محمود جمال الدين زكى ، الموضع السابق .



ويبنى أن نراعى أن هذا المعيار هو — كما سبق القول — المعيار الوحيد للتعسف الذى يأخذ به التقنين المدنى الألمانى منذ مطلع القرن الحالى (م ٢٢٦) • وإذا كان يضيق لذلك من نطاق تطبيق نظرية التعسف فى استعمال الحق فى القانون الألمانى، إلا أنه لا ينتج — رغم الأخذ به — مثل هذا الأثر فى القانون المصرى حيث توجد الى جواره معايير أخرى يتسع بها معنى التعسف الى حد كبير •

#### ٤٠٨ — انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذى يحقق بالغير

لا يكفى أن تكون لصاحب الحق مصلحة — ولو مشروعة — فى استعمال حقه حتى تنتفى عنه شبهة التعسف، فمن اليسير الادعاء بوجود مثل هذه المصلحة فى الصور التى لا يكون قصد صاحب الحق متمحضا للاضرار بالغير، ولكن ينبغى أن تكون هذه المصلحة ذات قيمة تبرر ما قد يصيب الغير من ضرر من جراء استعمال الحق • أما إذا كانت المصلحة تافهة بالقياس الى الضرر الذى يعود على الغير بحيث لا يوجد بينهما تناسب اطلاقا، فذلك دليل على الانحراف فى استعمال الحق • ولذلك نص المشرع على أن استعمال الحق يكون غير مشروع « إذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها » (م ٥/ب مدنى) •

وواضح أن هذا المعيار موضوعى لا شخصى كالمعيار السابق، قوامه التفاوت الشاسع بين الضرر اللاحق بالغير والمنفعة العائدة على صاحب الحق، وهو أمر تقدره المحاكم حسب الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة. والواقع أنه كثيرا — وإن لم يكن دائما — ما يكون فى وجود مثل هذا التفاوت الجسيم قرينة على قصد الاضرار بالغير «(١)» دون أن يتمحض القصد من استعمال الحق لذلك •

---

(١) فى هذا المعنى:

المذكرة الايضاحية لمشروع التمهيدى، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، ج ١، ص ٢١٠ •



وقد أتيح لبعض أحكام القضاء المصرى الأخذ بهذا المعيار فى ظل التقنين المدنى القديم ومن قبل تقريره بالنص التشريعى الحالى ، والقول بأنه يحق للجار أن يتطلب تناسبا معينا بين الضرر الذى يصيبه وبين المنفعة التى يحققها المالك من استعمال ملكه «١» .

وإذا كان القضاء الفرنسى لا يأخذ بهذا المعيار أو — فى الأقل — لا يجعل له كيانا مستقلا ، فثم اتجاه لدى بعض الفقهاء الفرنسيين يدعو الى الأخذ به وتعميمه ، وخاصة فى شأن استعمال حق انتهاء عقد العمل «٢» ، ويرون فى ذلك تقريبا بين نظرية التعسف فى استعمال الحق وحالة الضرورة «٣» .

وعلى أى حال، فهذا المعيار يبرز فكرة توازن المصالح التى يراها بعض الفقهاء «٤» أساسا وتبريرا لنظرية التعسف فى استعمال الحق .

وقد طبق المشرع المصرى هذا المعيار فى صور كثيرة . من ذلك نصه فى المادة ٢/٨١٨ من التقنين المدنى على أنه « ليس للمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوى، ان كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط » .

(١)

Trib. civ. mixte. Le Caire, 5 Mai 1914. Gazette, IV 206. 492

(٢) فحتى لو وجد دافع جدى للانتهاء ، يكون الانهاء تعسفيا إذا كان هذا الدافع تافها بالقياس الى الضرر الذى يصيب الطرف الآخر ( انظر :

Wahl, Du motif légitime de rupture dans le contrat de louage de services, dans «Questions pratiques de législation ouvrière et d'économie sociale», 1903, p. 163.

ويبدو أن هذا المعيار ابتداء يجد طريقه كذلك الى التطبيق العملى على يد القضاء الفرنسى فى شأن استعمال هذا الحق، اذ ابتداء هذا القضاء يعنى بالتحقق من تناسب مصلحة العامل مع مصلحة صاحب العمل ويقضى باعتبار الانهاء تعسفيا إذا لم يكن مبنيا على بواعث قوية ( motifs graves ) ( انظر فى هذا القضاء خاصة :

Charrière, La rupture abusive du contrat de travail à durée indéterminée, thèse, Paris, 1932, pp. 102, 103).

Demogue, op. cit., t. IV, No. 681 (٣)

(٤)

Bosc. Essai sur les éléments constitutifs du délit civil, thèse Montpellier, 1901, pp. 142-150.—Campion, op. cit., Nos. 416, 417.



ذلك أن الحائط الفاصل ما دام مملوكا ملكية خالصة لأحد الجارين، فلما لكة سلطة هدمه . غير أنه لما كان بناء الجار مستترا بهذا الحائط ، فيجب حتى يعتبر الهدم مشروعاً أن يوجد تناسب بين المنفعة التي تعود على مالك الحائط من هدمه وبين الضرر الذى يلحق الجار نتيجة ذلك . ومثل هذا التناسب يقوم اذا وجد لدى المالك باعث قوى يبرر الهدم من استهداف منفعة كبيرة تتوازى على الأقل مع الضرر العائد على الغير . أما اذا لم يوجد باعث على الهدم ، أو وجد باعث ولكنه ليس قويا بحيث يبرره ، فيعتبر ذلك قرينة على الانحراف فى استعمال حق الملكية بابتغاء تحقيق مصلحة ضئيلة تافهة لا تستأهل حماية القانون أمام ما يصيب الجار فى مقابلها من أضرار جسيمة فادحة .

ومن تطبيقات المشرع كذلك لهذا المعيار ما يقضى به من أنه « اذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة — اذا رأت محلا لذلك — أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء ، وذلك فى نظير تعويض عادل » ( م ٩٣٨ مدنى ) « ١ » ؛ وما يقضى به من أن « لملك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه ، اذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به » ( م ١٠٢٩ مدنى ) ؛ ومن أن فصل العامل يعتبر تعسفيا اذا وقع بسبب حجوز أوقعت تحت يد رب العمل أو بسبب ديون يكون العامل قد التزم بها للغير ( م ٢/٦٩٥ مدنى ) ، اذ لا تناسب اطلاقا بين مصلحة رب العمل فى تجنب مضايقات دائنى العامل وبين الضرر الذى يصيب العامل نتيجة الفصل .

وكذلك يعتبر من تطبيقات هذا المعيار تخير صاحب الحق — من بين الطرق الممكنة المتعددة لاستعمال حقه — الطريقة الأكثر اضرارا بالغير دون

---

(١) انظر فى ذلك : كتابنا فى الحقوق العينية الاصلية سالف الذكر ،  
فقرة ١٠٣ .



تقع ذى قيمة كبيرة له «١». وذلك كمالك يقيم ملخنة فى مكان معين من بنائه بحيث تضر بالجار ، وكان يمكنه — دون ضرر أو فوات منفعة عليه هو — تجنب ملك الجار هذا الضرر أو التقليل منه بإقامتها فى مكان آخر من البناء «٢». و كمالك يقيم على حدود ملكه — بقصد منع الغبار وتطلع الجيران — حائطا يبنيه بالطريقة العادية بما يؤدى الى حجب الضوء كلية عن الواجهة المقابلة لملك جاره ، فى حين أنه كان بإمكانه بناؤه بطريقة أقل ضررا بالجار دون تفويت ما يقصده من غرض ، بجعل أجزاء الحائط المقابل لمطلات ملك الجار من زجاج غير شفاف يسمح بتسرب الضوء «٣». و كالوارث الذى يخفق فى ادعائه الضمنى — المتضمن فى اعتراضه على تنبيه التنفيذ — بتملك الأعيان المذكورة فى التنبيه بصفته الشخصية لا بصفته وارثا للمدين ، فلا يواصل السير فى الطريق الطبيعى ، وهو طريق الاستئناف ، بل يتخير طريقا لا يقدم له كبير منفعة ولكن يضر بخصمه ضررا أكبر فيرفع دعوى مبتدأة ومباشرة لاثبات حقه بوصفه الشخصى على هذه الأعيان مما يجعل اجراءات التقاضى أكثر طولا ونفقة «٤» .

#### ٤٠٩ — عدم مشروعية المصلحة المقصود تحقيقها من استعمال الحق

لا يكفى أن تكون المصلحة التى يرمى صاحب الحق الى تحقيقها من وراء استعمال حقه ظاهرة وذات قيمة أو نفع — ولو كبير — له ، بل يجب أن تكون هذه المصلحة كذلك مشروعة . ذلك أن الحقوق ليست لها قيمة فى

---

(١) يجرى القضاء الفرنسى كذلك على اعتبار هذه الصورة من صور التعسف فى استعمال الحق ، انظر خاصة :

Trib. civ. Draguignan, 17 mai 1910. D. P. 1911. 2. 1933 —  
Req. 20 mars 1929. S. 1930. 1. 45. — Paris 28 octobre 1941.  
Gaz. Pal. 1941. 2. 490.

Appel mixte, 25 novembre 1880. B. 6. 8 (٢)

Paris 28 octobre 1941, déjà précité (٣)

Appel mixte, 11 décembre 1930. B. 43. 78 (٤)



نظر القانون الا بقدر ما تحققه من مصالح مشروعة ، فالانحراف عن ذلك وتسخير الحقوق في سبيل تحقيق مصالح غير مشروعة يجردها من قيمتها ويخلع عنها حماية القانون .

وقد استقر القضاء المصرى في ظل التقنين المدنى القديم على الأخذ بهذا المعيار ، فاعتبر من قبيل التعسف استعمال الحكومة حقها في فصل بعض الموظفين ارضاء لغرض شخصى أو شهوة حزبية لا لتحقيق مصلحة عامة «١» . وكذلك طبق هذا المعيار بالحكم السابق الاشارة اليه الذى اعتبر الوكيل بالتقاضى متعسفا في استعمال حقه في التخلّى عن الوكالة، أمام ما تبينه من أنه كان يرمى بهذا التخلّى الى غرض غير مشروع ، هو تعطيل الدعوى المرفوعة عليه بصفته وكىلا حتى يتمكن من أن يحكم له في دعوى أخرى موكلا فيها عن نفس الأشخاص ومتعلقة بنفس الأعيان وحتى يلحق بخصومه ضررا محققا من ابطال اجراءات الدعوى القائمة التى ينكر فيها صفته وتحميلهم متاعب جمة في اعلان موكله في الخارج «٢» .

وبناء على هذا المعيار ، يعتبر متعسفا في استعمال حقه : المالك الذى يطالب باخلاء المنزل من مستأجره بحجة حاجته الى السكن فيه ، بعد محاولته زيادة الأجرة فوق ما يسمح به القانون واخفاقه في ذلك «٣» . والمالك الذى يمتنع عن الترخيص بالايجار من الباطن أو التنازل عن الايجار ، حيث يكون ذلك معلقا على موافقته بمقتضى العقد ، دون سبب مشروع «٤» أو بقصد

---

(١) استئناف مصر (دوائر مجتمعة) ، أول مارس سنة ١٩٢٨ ، المحاماة ٧٥٠/٤٥٩/٨ . - مصر الابتدائية ، ٢٦ يناير سنة ١٩٢٩ ، المحاماة ٤١٥/٩/٦٦١ .

(٢) الزقازيق الكلية ، ١٩ مايو سنة ١٩٢٩ ، المحاماة ١٨٠/٩٢/١٠ .

(٣) Trib. paix Vanves, 24 Août 1926 (2ème espèce), Repertoire Commaille 1926, 1. p. 349.

(٤) أنظر في الاشارة الى أحكام القضاء الفرنسى في هذا المعنى : Jossierand, op. cit., pp. 180, 402.

وأنظر كذلك في هذا المعنى في القانون المصرى : منصور مصطفى منصور ، العقود المسماة ( البيع والمقايضة والايجار ) ، ١٩٥٦-١٩٥٧ ، فقرة ٢٢٣ ، ص ٥٧٢ .



الحصول على مقابل لذلك أو زيادة غير مشروعة . والمالك الذى يتمتع — فى حالة ما اذا كان الأمر خاصا بإيجار عقار أنشئ به مصنع أو متجر واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع أو المتجر — عن ابقاء الايجار مع المشتري ( م ٥٩٤ / ٢ مدنى ) سعيًا وراء كسب غير مشروع لا توقعًا لضرر بصييه « ١ » . والمالك الذى يحيط أرضه بأعمدة عالية تعلوها أسلاك شائكة بقصد مضايقة شركة الطيران التى تهبط طائراتها فى الأرض المجاورة بجعل هذا الهبوط خطرًا « ٢ » ، وحملها — للتخلص من المضايقة — على شراء أرضه بثمن مرتفع « ٣ » . وصاحب العمل الذى ينهى عقد العمل ويفصل العامل بسبب مذهبه السياسى أو عقيدته الدينية ما لم يكن لذلك ارتباط بعمله أو تأثير فيه ، أو بسبب انضمامه أو عدم انضمامه الى نقابة معينة ، أو بسبب نشاطه النقابى المشروع « ٤ » .

وواضح أن هذا المعيار معيار موضوعى مرن يجعل للقضاء سلطة واسعة فى رقابة استعمال الحقوق . ولعل صفته الموضوعية هى التى تجعله مفضلًا لدى بعض الفقهاء « ٥ » على معيار آخر شخصى يشيع الالتجاء اليه فى الفقه والقضاء الفرنسى « ٦ » هو معيار الدافع أو الغرض غير المشروع motif illégitime خاصة .

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ٥٦٢ .

(٢) Req. 3 Août 1915. D. P. 1917. 1. 79

وحثيات حكم : Appel mixte 30 mars 1926. B. 38.311

(٣) عبد الرزاق السنهورى ، الموضع السابق . — اسماعيل غانم ، المرجع

السابق ، ص ١٦٣ .

(٤) انظر فى ذلك :

محمد حلمى مراد ، قانون العمل ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٤ ، فقرة ٣٧٤ ، ص ٣٦١ و ٣٦٢ . — محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، فقرة ١٥٦ ، ص ٣٩٤ و ٣٩٥ . — اكثم أمين الحولى ، المرجع السابق ، فقرة ١٥١ .

(٥) عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، فقرة ٥٦٢ ، ص ٨٤٧ .

(٦) انظر فى ذلك خاصة :

Josserand, op. cit., No. 296 et s.



ومع ذلك ، فينبغي أن يراعى أن المعيارين مرتبطان أشد الارتباط ، بل هما في الحقيقة وجهان لمعيار واحد ، إذ ليس معيار المصلحة غير المشروعة إلا التعبير الموضوعي عن المعيار الشخصي أو النفسي وهو معيار الدافع أو الغرض غير المشروع « ١ » ؛ فإذا لم يكن لصاحب الحق دافع مشروع لاستعمال حقه ، فهو يهدف إذن إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة . والواقع أن هذين الوجهين إنما يقومان على فكرة ضرورة موافقة استعمال الحق لغايته . فللتحقق من هذه الموافقة ، يجب الوقوف على غاية الحق والمصالح المشروعة المقصود تحقيقها من وراء تقرير القانون له من ناحية ، وعلى الدوافع التي وجهت استعماله على نحو معين من ناحية أخرى ، ومطابقة هذه على تلك ، بحيث يعنى كل تباعد بينهما الانحراف في استعمال الحق ، ويستوى بعد ذلك أن ينسب هذا الانحراف إلى الدوافع غير المشروعة أو إلى المصالح غير المشروعة « ٢ » .

#### ٤١٠ - الضرر الفاحش

رأينا أن المشرع إذا كان قد استبعد من معايير التعسف المنصوص عليها

---

(١) في هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهوري ، الموضع السابق .  
Notre thèse précitée, p. 172.

(٢) Notre thèse précitée, ibid.

وإذا كان بعض الفقهاء ( عبد الرزاق السنهوري ، الموضع السابق ) يرى أن معيار « المصلحة غير المشروعة » أدق من معيار « الدافع أو الغرض غير المشروع » من ناحية الانضباط وأسهل منه من ناحية التطبيق ، فهو في الواقع إنما يفصل بين شيئين متلازمين ووجهين متكاملين لمعيار واحد يحدد كل منهما الآخر ، بحيث لا يمكن الاكتفاء بالوقوف على أحدهما والاستغناء عن الآخر . ولذلك يقوم نفى صفة المشروعية عن المصلحة المقصودة من استعمال الحق على الاستهداء أساساً بعدم مشروعية الدافع إلى هذا الاستعمال ، وهذا ما بصرت به المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني بقولها إن معيار المصلحة المشروعة إذا كان « مادياً في ظاهره ، إلا أن النية كثيراً ما تكون العلة الأساسية لنفى صفة المشروعية عن المصلحة » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٢٠٩ و ٢١٠ ) .



في المادة الخامسة من التقنين المدني الجديد المعيار الذي كان موجودا في مشروعها التمهيدى وهو معيار « الاستعمال الذي يحصل دون استعمال حقوق أخرى على الوجه المألوف » ، فلم يكن ذلك عدولا عن اعتباره — بما يعنيه من فكرة « الضرر الفاحش » — معيارا للتعسف في استعمال الحق ، وانما اكتفاء بالتطبيق الخاص الموجود له في حق الملكية وهو تطبيقه الرئيسى « ١ » .

والواقع أن المادة ٨٠٧ من التقنين المدني تقضى بأنه « ١ — على المالك ألا يغلو في استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار ، ٢ — وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها ، وانما له أن يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف ؛ على أن يراعى في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة الى الآخر والغرض الذى خصصت له . ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق » .

وعندنا أن هذا النص ليس الا مجرد تطبيق لفكرة التعسف في استعمال الحق ولمعيار من معاييرها الهامة هو معيار « الضرر الفاحش » . ويسند ذلك أن الشريعة الاسلامية — وهى التى اعتمد المشرع المصرى عليها اعتمادا رئيسيا فى صياغة نظرية عامة للتعسف — تجرى منذ قديم على اعتبار هذا المعيار من معايير التعسف « ٢ » ، وأن القضاء المصرى قد جرى كذلك على الأخذ بهذا النظر من التكييف فى ظل التقنين المدني القديم « ٣ » ؛ ولا نظن

---

(١) انظر سابقا ، فقرة ٤٠٦ .

(٢) راجع فى ذلك :

Fathy, thèse précitée, Nos. 163, 164.

السعيد مصطفى السعيد ، الرسالة السابقة ، ص ٣٦-٣٨ و ٤١ . — وانظر كذلك المادة ١١٩٨ وما بعدها من المجلة ، والمواد ٥٧ و ٥٩-٦٢ من كتاب مرشد الخيران .

(٣) انظر فى الأخذ بفكرة الضرر الفاحش فى صدد مضار الجوار غير المألوفة:



أن المشرع المصرى قد أراد العدول عن مثل هذا التكييف التقليدى المستقر، ففضلا عن أنه لا يوجد فى الأعمال التحضيرية ما يفصح عن هذا المسلك من جانبه ، نجد فيها — على العكس — ما يؤيد استمساكه بهذا التكييف من واقع استقائه أحكام نظرية التعسف من الفقه الاسلامى خاصة واستهدائه فى ذلك باتجاهات القضاء المصرى •

وبالإضافة الى ذلك ، فإن الالتجاء الى فكرة التعسف هنا كتبرير لمسئولية المالك فى أحوال المضار غير المعتادة للجوار يغنى عن التبريرات الأخرى التى تقدم فى هذا الشأن وتستهدف لانتقادات كثيرة • كاقامة المسئولية على أساس خطأ المالك «١» ، رغم أن الغالب أن المالك يكون قد قام باتخاذ كل الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع الضرر غير المألوف ولكنه يقع رغم ذلك بحيث لا يتأتى نسبة أى تقصير اليه «٢» • أو اقامتها على أساس نظرية

---

= Appel mixte 30 Avril 1903. B. 15. 264 ; 6 Avril 1905. 17. 189 ; 2 mai 1940, B. 52. 246.

استئناف اهلى ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ ، المحاماة ٢١/٣٧٦/٨٩١ •  
وانظر ، خاصة ، فى اعتبار فكرة الضرر الفاحش من معايير التعسف فى استعمال الحق :

Appel mixte, 17 Avril 1945. B. 57. 125.

اذ يذكر هذا الحكم أن « التعسف فى استعمال الحق فعل ضار ( مادى أو قانونى ) يكون مشروعا اذا اقتصر الأمر على بحث موضوعى شكلى له ، ولكنه يكون غير مشروع اما لانه قد وقع بنية الاضرار بالغير أو فى ظروف واقعية منتقدة ، أو لانه قد انحرف عن غاية الحق ، أو لانه قد سبب للغير ضررا زائدا أو فاحشا » (excès de préjudice).

(١)

Savatier, op. cit., t. I. No. 71—Mazeaud, op. cit., t. I. Nos 620, 621

(٢) انظر فى تفصيل نقد فكرة الخطأ كأساس لهذه المسئولية :

Capitant, Des obligations de voisinage..., Revue critique, 1900, p. 180. — Ripert, thèse précitée, pp. 391, 392. — Porcherot, thèse précitée, p. 136. — Josserand. op. cit., No. 16. — Stephani,

=



المخاطر ووجوب تحميل من ينشئ المخاطر بتبعاتها «١»، وهي نظرية قد كتب لها الفضل في الفقه والقوانين الحديثة . أو اقامتها على أساس مجاوزة المالك حقه وخروجه عن نطاقه «٢»، رغم أن مجاوزة الحق تفترض أصلاً فعلاً غير مشروع في ذاته، بينما فعل المالك هنا مشروع في ذاته ولكنه ينقلب - حسب ظروف الحال وملايساته - الى فعل غير مشروع بالنظر الى نتيجته غير المألوفة .

والواقع أنه - في تأسيس مسئولية المالك عن الأضرار التي يسببها لجيرانه - لا يجب اغفال أن هذه الأضرار انما تتحقق نتيجة أفعال مشروعة في ذاتها هي المكونة لاستعمال حق الملكية؛ فارتباط هذه المسئولية اذن بفكرة الحق ومدى مشروعية استعماله أمر ظاهر «٣». وواضح أن المالك الذي

---

La nature de la responsabilité en matière de troubles de voisinage, thèse Montpellier, 1941, pp. 37 - 42. — Notre thèse précitée, pp. 189, 190, 202.

Josserand, op. cit. Nos. 16, 261 (١)

(٢) راجع في ذلك خاصة :

Rouast, article précité, No. 5, p. 4

عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٥٥١، هامش (٤) ص ٨٣٢ و ٨٣٣؛ و فقرة ٥٦٣ ص ٨٤٩ . - شفيق شحاته، النظرية العامة للحق العيني، ١٩٥١، فقرة ٦٨، ص ٨٦ و ٨٧ . - عبد المنعم البدر اوى، شرح القانون المدني في الحقوق الأصلية، الطبعة الثانية، ١٩٥٦، فقرات ٨٣ و ٨٤ . - اسماعيل غانم، للحقوق العينية الأصلية، ج ١، حق الملكية، ص ١٠٥ و ١٠٦ .

(٣) وليس بمقنع أن يقال ( انظر خاصة : عبد الرزاق السنهوري، الموضوع السابق ) ان المادة ٨٠٧ من التقنين المدني الجديد قد رسمت حداً لحق الملكية بحيث يعتبر تعديده مجاوزة لحق الملكية لا تعسفاً في استعماله، اذ مقتضى منطق هذا القول اعتبار المعايير المنصوص عليها في المادة الخامسة من التقنين الجديد حدوداً موضوعية كذلك للحقوق - لمجرد وجود النص القانوني عليها - وبالتالي اعتبار كل فعل من تطبيقاتها مجاوزة للحق لا تعسفاً في استعماله، وفي =



يستعمل حقه استعمالاً يؤدي الى تحميل جيرانه أضراراً تتجاوز الحد المألوف تحمله والتسامح فيه بين الجيران ، انما يخل - لحساب الصالح الفردي - بالتوازن الواجب بينه وبين الصالح الجماعي «<sup>١</sup>» وينحرف بالحق عن غايته المقصودة الى حد جعله وسيلة لفرض أضرار جسيمة فاحشة على الغير ، مما يصير معه استعماله تعسفياً غير مشروع لا يستأهل حماية القانون .

واذا كانت صورة مضار الجوار غير المألوفة في صدد استعمال حق الملكية «<sup>٢</sup>» هي أظهر صور معيار الضرر الفاحش ولذلك كانت عناية المشرع بانص عليها صراحة ( م ٨٠٧ ) ، فلا يجب أن ينفي ذلك امكان انبساط هذا المعيار على حقوق أخرى غير حق الملكية . فنستطيع أن نعتبر المتعاقد الذي يصر على التمسك بوجوب تنفيذ العقد بشروطه الأصلية المحددة فيه ، رغم أن هذا التنفيذ قد صار - نتيجة طروء حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها - مرهقا للمتعاقد الآخر بحيث يهدده بخسارة فادحة ، متعسفاً في استعمال حقه «<sup>٣</sup>» ، وأن نرد هذا التعسف الى فكرة الضرر الفاحش ؛

== ذلك انكار لفكرة التعسف ذاتها .

( في هذا المعنى : Notre thèse précitée, p. 274 )

والواقع أن وجوب التفرقة بين مجاوزة الحق والتعسف في استعماله على النحو السابق بيانه ، يقتضى اعتبار مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة مقامة على أساس التعسف في استعمال حقه لا على أساس مجاوزته حدود هذا الحق ، اذ صورة المجاوزة انما تتعلق بمضمون الحق بينما صورة التعسف تتعلق بغايته ( راجع سابقاً ، ص ١٠٩١ و ١٠٩٢ ) ؛ وواضح أن فعل المالك هنا انما هو استعمال لسلطة من سلطات حقه ليكون داخل مضمونه لأن التحريم والجزاء لا يتوجه الى ذات السلطة التي تبقى أصلاً سلطة مشروعة مخولة له ، وانما الى نتيجتها الباهظة المنافية لغاية الحق .

( انظر كذلك : Notre thèse précitée, p. 203 ) .

(١) Notre thèse précitée, p. 204

(٢) يراعى أن هذه الصورة تعرض كذلك في صدد استعمال الشيء ممن له حق فيه كالمنتفع أو المستأجر ( في هذا المعنى : شفيق شحاته ، النظرية العامة للحق العيني ، هامش (١) ص ٨٦ . - اسماعيل غانم ، الحقوق العينية الأصلية ، ج ١ ، هامش (٢) ص ١٠٤ ) .

(٣) انظر في تأسيس نظرية الظروف الطارئة على أساس فكرة التعسف

=



وجزاء هذا التعسف هو قيام القاضى — تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين — برد الالتزام المرفق الى الحد المعقول (م ١٤٩/٢ مدنى) .

وعلى أى حال ، فصورة مضار الجوار غير المألوفة تعبر عن معيار من كل المرونة يتسع لتطور الحياة الاجتماعية ويمكن القاضى من الاعتداد بالظروف والملابسات الخاصة بكل حالة . ومن تطبيقاته «١» ما قضى به من أنه « اذا أنشأت الحكومة محطة من محطات المجارى على قطعة من أملاكها أقلقت ادارتها راحة السكان فى حى مخصص للسكنى ، كان لهؤلاء السكان الحق فى الرجوع على الحكومة بالتعويض عما أصابهم وأصاب أملاكهم من أضرار «٢» ، ومن أن شركة الفنادق التى تقيم جهازا لتوليد الكهرباء فى ملحق فندق تملكه ، تكون مسئولة عن الأضرار التى تصيب الجيران نتيجة الاهتزازات المستمرة الناشئة عن تشغيل هذا الجهاز «٣» .

#### ٤١١ — تقدير مسلك المشرع المصرى

إذا كانت هذه هى مجموعة معايير التعسف وضوابطه التى يقدمها المشرع المصرى ، فيبقى تقدير مسلكه فى هذا الصدد . والواقع أن المشرع المصرى قد تأثر فى صياغته هذه المعايير بالمصادر الأساسية التى استقى منها نظرية التعسف فى استعمال الحق وهى : فقه الشريعة الإسلامية من ناحية ، وأحكام القضاء المصرى فى الأخذ بهذه النظرية فى ظل التقنين القديم من

فى استعمال الحق :

Naquet. Note S. 1920. 1. 105. — Cornil, op. cit., pp. 118-126. — Sultan, thèse précitée, pp. 78-81. — Campion, op. cit., Nos. 250-257. — Ripert, op. cit., Nos. 86-88. — Notre thèse précitée, pp. 243-245.

حسين عامر ، المرجع السابق ، فقرة ٢٤٢ .

(١) انظر فى تفصيل هذه التطبيقات : كتابتا فى الحقوق العينية الأصلية سالف الذكر ، ص ٢٩٩ وما بعدها .

(٢) استئناف مصر ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ ، الحاماة ٢١/٣٧٦/٨٩١ .

(٣) Le Caire (mixte), 5 mai 1914, Gazette 4. 206. 492



ناحية أخرى «١» . وقد كانت أحكام الفقه الاسلامى فى هذا الشأن أحكاما جزئية تعرض بصدد كل حق من الحقوق على حدة ، فظلت فى مرتبة الفروع وتعدد الصور والمعايير بما يناسب عادة كل حق دون أن ترتفع الى مرتبة الأصول الكلية التى تفرض مبدأ أو معيارا واحدا يجمع ويحكم شتات تلك الصور المتعددة ؛ وكذلك كانت صور التعسف فى أحكام القضاء المصرى متعددة دون أن يجمعها معيار عام يهيمن عليها ، حيث كانت هذه الأحكام — بما ابتدعت من فكرة التعسف فى استعمال الحق — تواجه دعاوى منفردة لكل منها ما يميزها ويحدد صور التعسف فيها من خصوصياتها ووقائعها . ولكن كان خليقا بالمشرع المصرى ، وهو يستقر على الأخذ بهذه النظرية ، أن يستخلص المبدأ أو المعيار العام الذى ترد اليه مختلف صور التعسف ومعاييرها فى أحكام الفقه الاسلامى وأحكام القضاء المصرى ، خاصة وأن جهود الفقه الحديث قد مهدت أمامه السبيل لتأصيل نظرية التعسف فى استعمال الحق وبيان الفكرة العامة التى تحكم مختلف صور «٢» ، وأن التقنيات الحديثة التى سبقته فى تقنين هذه النظرية قد نحا أغلبها نحو وضع مبدأ عام بحكم معيار التعسف دون تحديد أو تعديد صورته ، وأن طريقة تعديد صور التعسف اذا كانت تناسب فقه الفروع وأحكام القضاء فهى أقل مناسبة فى صياغة التشريع كما سبق البيان فى شأن وسائل تحديد معيار التعسف «٣» .

ويبقى بعد ذلك أن مسلك المشرع المصرى من تعديد معايير مختلفة

---

(١) المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المدنى التمهيدى ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٢٠٨ و ٢٠٩ .

(٢) انظر فى ذلك خاصة ، فى شأن الفقه الاسلامى :

Fathy, thèse précitée, Nos. 146 et s.

وفى القانون الفرنسى :

Josserand, op. cit., Nos. 291 et s.

(٣) انظر سابقا ، ص ١١١١ .



للتعسف مسلك منتقد من ناحية أخرى . ذلك أن هذا المسلك لا يخرج عن أحد أمرين : أما أن هذه المعايير واردة على سبيل الحصر ، وهو ما يتهدد نظرية التعسف في استعمال الحق بالجمود وعرقلة استجابتها ومقابلتها للتطور المحتوم في الجماعة ؛ وأما أن هذه المعايير واردة على سبيل المثال ، وكان من الأفضل حينئذ إعطاء القاضى المبدأ العام الذى يحكم توجيه كل هذه المعايير والصور « ١ » . وإذا كان جمهور الفقه المصرى « ٢ » يقطع بورود هذه المعايير على سبيل الحصر ويمنع القاضى من الأخذ بمعايير أخرى للتعسف غيرها ، فنعتقد من ناحيتنا أن المشرع المصرى لم يرد تقييد القاضى تقييدا جازما بهذه المعايير وحدها « ٣ » ؛ فهو قد وضع فى المادة الرابعة من التقنين المدنى المبدأ العام من ارتهان حماية القانون لصاحب الحق بمشروعية استعماله له بحيث ترتفع مسئوليته إذا كان استعمال الحق مشروعاً وتتحقق إذا كان الاستعمال غير مشروع ، ثم ذكر فى المادة الخامسة أحوالاً يعتبر استعمال الحق فيها غير مشروع لا ليحصر فكرة عدم المشروعية فيها وإنما — كما تقول المذكرة الإيضاحية — لكى « يهيب للقاضى عناصر نافعة للاسترشاد » « ٤ » .

وعلى أى حال ، فينبغى البصر بالمبدأ أو المعيار العام الموجه لكل ضوابط ومعايير التعسف التى ذكرها المشرع المصرى . وهى لا تخرج ، فى الواقع ، عن فكرة التزام غاية الحق وعدم الانحراف عنها « ٥ » . إذ لا يتصور أن تكون الحقوق — وهى تشمل قيماً اجتماعية يحميها القانون — معطاة كوسيلة لمجرد الأضرار بالغير ، أو لتحقيق مصالح تافهة لا تتناسب البتة مع

---

(١) Notre thèse précitée, pp. 277, 278

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، فقرة ٥٥٩ . — أحمد حشمت أبوستيت ، المرجع السابق ، فقرة ٥٥٤ . — اسماعيل غانم ، النظرية العامة للحق ، ١٩٥٨ ، ص ١٦١ . — عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، فقرة ٤٤١ .

(٣) Notre thèse précitée, ibid.

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٢٠٩ .

(٥) Notre thèse précitée. pp. 278, 279



ما يصيب الغير من ضرر ، أو لتحقيق مصالح غير مشروعة من باب أولى ، أو لتحصيل الغير بأضرار فاحشة . وفكرة الغاية هذه هي التي ارتضيناها من قبل أصلاً يحكم استعمال الحق ويحدد معيار التعسف فيه ، على ضوء ما بيناه من اتصال التعسف أساساً بفكرة الحق وكون الحق وسيلة لغاية معينة دون أن يكون غاية في ذاته . واعتبار الانحراف عن غاية الحق موجهاً عاماً لكل معايير التعسف وصوره المختلفة ، هو الذي أكدته دائماً بعض أحكام القضاء الفرنسي «<sup>١</sup>» والمصري «<sup>٢</sup>» ، وهو الذي يحظى اليوم كذلك بتأييد فقهي وتشريعي كبير في القوانين الحديثة كما سبق البيان «<sup>٣</sup>» ؛ وهو كذلك الموجه الواجب التأييد رغم ما يزال يشيره من مخاوف لا مبرر لها «<sup>٤</sup>» ، وخاصة بعد أن لم يعد ثم محل لهذا التخوف في القانون المصري أمام أخذ المشرع صراحة بمعيار «<sup>٥</sup> المصلحة غير المشروعة » ، وهو منوط كما رأينا بتحديد غاية الحق ودوافع استعماله ، مما يجعله في الواقع خاضعاً في جانب منه للاعتبارات السياسية والنزعات الاجتماعية المختلفة «<sup>٦</sup>» التي يرفض بعض الفقهاء «<sup>٧</sup>» معيار «<sup>٨</sup> غاية الحق » من أجل توقي الدخول فيها ، بل ولعل معيار «<sup>٩</sup> المصلحة غير المشروعة » أن يكون في الحقيقة هو أظهر تمثيل وتجسيم للمعيار العام الموجه وهو معيار «<sup>١٠</sup> الانحراف عن غاية الحق » .

(١) انظر خاصة :

Trib. Toulouse, 13 Avril 1905. D. P. 1906. 2. 105 (Note Josserand). — Trib. Compiègne, 19 Février 1913, D. P. 1913, 2. 177 (Note Josserand). — Rennes, 20 Janvier 1932, Gaz. Pal. 1932. 2. 516.

(٢) انظر خاصة :

الزقازيق الكلية ، ١٩ مايو سنة ١٩٢٩ ، المحاماة ١٨٠/٩٢/١٠ .  
Appel mixte, 17 Avril 1945. B. 57. 125.

(٣) انظر سابقاً ، ص ١١١٣ .

(٤) انظر سابقاً ، ص ١١١٠ .

(٥) في هذا المعنى :

أحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، هامش (٢) ص ٤٣٣ .

(٦) عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، فقرة ٥٦٢ ، ص ٨٤٧ .



## الفصل الثالث

### محل التعسف

#### ٤١٢ - تمهيد

إذا تحدد التعسف من حيث التأصيل والمعيار على النحو السابق تفصيله، فيبقى تحديد نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق وهو ما يقتضى تحديد المحل الذى يرد عليه التعسف . وفى شأن هذا المحل ، نجد اتجاهين : أولهما الى التضخيم من نطاق تطبيق هذه النظرية بيسط محل التعسف الى الحريات أو الرخص العامة كالحقوق سواء بسواء ، والثانى الى التضييق باستبعاد بعض الحقوق بالمعنى الفنى الدقيق من ورود التعسف عليها مما يجعلها حقوقاً مطلقة أو تقديرية . والواقع أن ارتباط فكرة التعسف بفكرة الحق وغايته — على النحو السابق بيانه — يكشف عن التضخم المصطنع الذى يدخله الاتجاه الأول على فكرة التعسف ونظريته ، وأن عدم التخلص الى اليوم نهائياً من سيطرة النزعة الفردية وما ولدته فى الأذهان من حصانة مطلقة لأصحاب الحقوق فى استعمالها يكمن وراء الاتجاه الثانى فى استبقاء بعض الحقوق مطلقة تقديرية الاستعمال . فنعرض لمناقشة الاتجاهين وتحديد محل التعسف على ضوء ذلك .

#### ٤١٣ - التعسف يرد على استعمال الحقوق دون ممارسة الحريات أو

#### الرخص العامة

سبق أن أشرنا «١» الى أن الخلط قديم فى الفقه بين الحقوق بالمعنى الدقيق وبين الحريات أو الرخص العامة . وكان طبيعياً أن يمتد هذا الخلط الى نظرية التعسف فى استعمال الحق ويوجد فيها مرتعا خصيباً يرضى رغبة أنصارها والمدافعين عنها ، فى الأقل أول ظهورها ، فى إبرازها وتضخيم أهميتها بتوسيع نطاق تطبيقها على هذا النحو الذى لا يقتصر على الحقوق

---

(١) انظر سابقاً ، ص ٥٦٤ .



بالمعنى الصحيح فحسب بل ينسب كذلك على الحريات أو الرخص العامة ويتناول حتى كل فعل مشروع مباح فى الأصل أيا كان ، بحيث كادت هذه النظرية تقتحم — فى كتاباتهم — كل نواحي القانون المدنى ان لم يكن نواحي القانون قاطبة ، وغدا من اليسير الجارى على أقلامهم ادعاء وجود التعسف وتلمسه دون تدقيق فى حقيقة وكنه محله .

والواقع أن هذا المسلك — على خلاف ما يظن أصحابه — ليس بالذى يحمل كسبا لنظرية التعسف فى استعمال الحق أو بالذى يعين على تدعيمها وتقويتها ، فليست قيمة النظريات فى اتساع نطاق تطبيقها بقدر ما هو فى دقة تحديدها . ومن شأن هذا التضخيم المصطنع فى نطاق تطبيق نظرية التعسف — على حساب اغفال أصلها من الارتباط بفكرة الحق بوصفها التقويم والتصحيح اللازم لها — تبيع هذه النظرية وانطماس حدودها ، وهو ما يتهدها من فرط اتساعها وانبساطها — بالعجز والضعف « ١ » .

فضلا عن أن توسعة نطاق نظرية التعسف ، على هذا النحو ، إنما تقوم على أساس خلط واضح بين فكرة « الحق » وفكرة « الحرية أو الرخصة العامة » . ولعل منشأ هذا الخلط ما كان سائدا فى القرنين السابع عشر والثامن عشر من ظروف الاستبداد والحكم المطلق واهدار حريات الأفراد ، مما دفع الفلاسفة وكتاب السياسة الى اصطناع ما يسمى بحقوق الانسان — للتعبير بها عما يجب توفيره للأفراد من حريات عامة — وردها الى قواعد القانون الطبيعى واعتبارها خالدة مقدسة بالتالى ، ليقابلوا بها ويوقفوا حقوق الملوك الالهية المزعومة التى كانت سندهم فى الاستبداد والطغيان . ثم جرت « اعلانات حقوق الانسان والمواطن » التى صدرت فى أعقاب الثورة الفرنسية على مثل هذا النحو من تسمية الحريات العامة باسم الحقوق ، وشاعت هذه التسمية حتى جرت على أقلام الفقهاء أنفسهم ، رغم أنها مجرد



تسمية مجازية تؤخذ فيها الحقوق بالمعنى السياسى أو الفلسفى لا بالمعنى القانونى الدقيق «١» .

وإذا كانت نظرية التعسف فى استعمال الحق لا تعنى — كما هو ظاهر من اسمها — إلا الحقوق واستعمالها، فهى إنما تعنى الحقوق فى المعنى القانونى الدقيق فحسب، مما يستبعد من نطاق تطبيقها تلك الحريات أو الرخص العامة التى قد تعتبر حقوقاً فى المعنى السياسى أو الفلسفى دون القانونى .

والواقع أن اجراء نظرية التعسف على ممارسة الحريات أو الرخص العامة كذلك ليس ثم ما يدعو اليه، ففكرة الخطأ فى نطاق المسئولية التقصيرية كانت تتكفل دائماً بحكم الانحراف فى هذه الممارسة عن مقتضى السلوك المألوف، وكان استعمال الحق غير خاضع فى الأصل لفكرة الخطأ مما دعا من بعد الى ظهور فكرة التعسف لحكم هذا الاستعمال . ولذلك فإذا كان ينبغى فى نظر البعض التسوية فى الحكم بين استعمال الحقوق وبين ممارسة الحريات أو الرخص العامة، فإن منطق هذا النظر يقضى بمد فكرة الخطأ الأصيلة الى استعمال الحقوق لا بمد فكرة التعسف الحديثة الى ممارسة الرخص والحريات العامة؛ وهذا ما يفعله أنصار تسوية التعسف بالخطأ التقصيرى تسوية كاملة «٢» .

غير أنه إذا كان ينبغى — كما سبق البيان — الاعتراف لفكرة التعسف بذاتية واستقلال خاص عن فكرة الخطأ تخرجانها من دائرة المسئولية التقصيرية «٣»، واعتبار فكرة التعسف هى الفكرة المناسبة فى شأن تحديد الانحراف فى استعمال الحقوق بالنظر الى ما تعنيه الحقوق من تفاوت فى مراكز الأفراد، فى حين تظل فكرة الخطأ هى الفكرة المناسبة فى شأن تحديد الانحراف فى ممارسة الحريات أو الرخص العامة بالنظر الى ما تعنيه هذه الحريات من

---

(١) انظر فى هذا المعنى خاصة :

Waline, L'individualisme et le droit, p. 94 et 385.

(٢) انظر فى هذا المعنى فى الفقه المصرى خاصة :

اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ١٦٦ و ١٦٧ .

(٣) راجع سابقاً، فقرة ٤٠٤ .



تساوى مراكز الأفراد «١» ؛ فمقتضى ذلك كله التمييز بين الفكرتين فيما تردان عليه من محل ، فتقتصر فكرة التعسف على استعمال «الحقوق» بالمعنى القانونى الدقيق ، وتظل فكرة الخطأ منبسطة — من بين ما تناوله — على ممارسة الرخص أو الحريات العامة ، وهو ما يعطى أهمية بالغة — فى شأن تحديد محل التعسف ونطاق نظريته — للفرقة بين الحقوق وبين الحريات أو الرخص العامة .

وقد سبق أن أقمنا التمييز بينهما — فى صدد تعريف الحق — على أساس أن الحقوق تفترض وجود رابطة قانونية تثبت لشخص على سبيل الاستئثار والافراد تسلطا على شيء معين أو اقتضاء أداء من شخص معين، بينما الرخص أو الحريات العامة لا تفترض وجود مثل هذه الرابطة، وإذا كانت تخول مكنت معينة فهي تخولها فى الواقع للناس كافة دون أن تكون محل استئثار أو اختصاص حاجز لو اُحد دون الباقيين «٢» .

ويبدو أن المشرع المصرى يأخذ بهذا النظر من التمييز بين الحقوق وبين الحريات أو الرخص العامة ، ومن قصر اعمال نظرية التعسف على الحقوق وحدها دون الحريات أو الرخص العامة . فقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصا يهد للأحكام المتعلقة بالتعسف فى استعمال الحق بالفرقة بين الحقوق وبين الحريات أو الرخص العامة «٣» ، وكان المقصود من ذلك — كما تقول المذكرة الايضاحية «٤» — بيان أن « التعسف يرد على استعمال الحقوق وحدها ، أما الرخص فلا حاجة الى فكرة التعسف فى ترتيب مسئولية من يباشرها عن الضرر الذى يلحق الغير من جراء ذلك . . . لأن أحكام المسئولية المدنية تتكفل بذلك على خير وجه » . ولئن كان هذا النص قد حذف فلم يظهر فى التقنين ، فلا ينتقص ذلك من دلالة على اتجاه المشرع ،

- 
- (١) انظر سابقا ، ص ١١٠١ .
  - (٢) راجع سابقا ، ص ٥٦٠-٥٦٧ .
  - (٣) انظر سابقا ، ص ٥٦٧ .
  - (٤) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، ج ١، هامش ص ٢٠١ .



لأن حذفه كان على أساس اعتباره عملاً فقهيًا أكثر منه تشريعيًا .

وإذا تحدد ، على هذا النحو ، محل التعسف ونطاق نظريته باستعمال الحقوق دون ممارسة الحريات أو الرخص العامة ، فيكون اذن من باب التجوز البحت اجراء نظرية التعسف في استعمال الحق على حرية التعاقد بوجهيها الايجابى «١» والسلبى أو حرية التجارة أو حرية الرأى أو حرية الاجتماع أو غير ذلك من عديد الحريات أو الرخص العامة . وإذا كان من المسلم ترتيب مسئولية من يرفض التعاقد فى أحوال معينة «٢» أو يقوم

(١) كاعتبار التدليس والاكراه والاستغلال — وهى من عيوب الرضا — تعسفاً فى استعمال حق التعاقد يكون جزاؤه ابطال العقد أو انقاص التزاماته (Josserand, op. cit., No. 104. — Roubier, Essai sur la responsabilité précontractuelle, thèse, Lyon, 1911, pp. 172-181). أو اعتبار السكوت الممتد الذى يلتزمه من يوجه إليه الايجاب فى أحوال معينة تعسفاً كذلك فى استعمال حق التعاقد أو حق السكوت يكون جزاؤه حمل السكوت بحمل القبول مما يعنى انعقاد العقد (Josserand, op. cit. No. 102) ؛ اذ واضح أن حق التعاقد أو حق السكوت المزعوم هذا ليس الا الحرية العامة فى التعاقد المعترف بها للكافة ، فلا شأن للتعسف بها .  
انظر : (Notre thèse précitée, p. 108).

(٢) وأكثر ما يعرض ذلك فى شأن الأشخاص الذين يستحثون غيرهم على الايجاب ويدعونهم إليه ، كالتجار وأصحاب الفنادق والمطاعم الذين يستحثون الجمهور على التعاقد معهم ، أو أصحاب الأعمال الذين يدعون العمال للعمل لديهم . ويرى كثيرون فى رفض هؤلاء الأشخاص — دون مبرر مشروع — قبول الايجاب الصادر من بعض أفراد الجمهور بعد ذلك تعسفاً فى استعمال ما يسمونه حق عدم التعاقد أو حق رفض التعاقد (انظر خاصة :

Morel, Du refus de contracter en raison des considérations personnelles. Rev. Trim. de droit civil, 1908, pp. 289 - 311. — Roubier, thèse précitée, p. 123 et s. — Bardesco, thèse précitée, pp. 131-135 — Cornil, op. cit., p. 112 — Campion, op. cit., Nos 139-154. — Josserand, op. cit., Nos 91-99. — Marson, thèse précitée, pp. 22, 23. — Prieur, L'abus des droits dans la formation, et dans la dissolution du contrat de travail, thèse Paris, 1942, pp. 28-43.

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يرتب المسئولية فى هذه الحالة بنص صريح يقضى بأنه « يجوز لمن وجه إليه الايجاب أن يرفضه ، ما لم



بدعاية أو منافسة غير مشروعة «أ» . أو يقسود حملة صحفية مغرضية «ب» ؛  
فلأن هذه الأفعال تتوافر فيها شروط الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية ولا  
تعتبر تعسفا في استعمال حقوق مزعومة لا وجود لها في المعنى القانوني

يكن قد دعا اليه فلا يجوز له في هذه الحالة أن يرفض التعاقد إلا إذا استند إلى  
أسباب مشروعة «ب» ؛ ولكن هذا النص حذف من بعد اكتفاء بتطبيق القواعد  
العامة التي تسند حكمه . غير أن المهم في هذا الصدد هو أن المذكرة الإيضاحية  
لهذا النص كان تسنده — كما يفعل جانب من الفقه الفرنسي — إلى فكرة التعسف  
مقررة أن هذا الأثر القانوني ليس إلا نتيجة للحالة التي أنشأها صاحب الدعوة  
بل وتطبيقا من تطبيقات مبدأ جامع هو مبدأ إساءة استعمال الحق أو التعسف  
في استعماله . على أن الإساءة في هذا الفرض ترد على مجرد رخصة من الرخص  
وهذه خصوصية تسترعى الانتباه ( مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ،  
ج ١ ، هامش ص ٤٥ ) . وفي هذا القول تناقض لا يخفى ، إذ ما دام يسلم بأن  
الأمر خاص برخصة من الرخص العامة هي حرية عدم التعاقد أو رفضه ، فما  
وجه تخصيص استعمال هذه الرخصة بإخضاعها لفكرة التعسف خروجاً على  
الأصل من ورود التعسف على الحقوق وحدها ؟ . خاصة وأن أعمال فكرة الخطأ  
— وهذا هو مجالها الطبيعي باعتبار رفض التعاقد رخصة لا حقاً من الحقوق —  
يفنى في الواقع عن هذا الخروج .

(١) كالصيدلي الذي يصور مكاناً للحج ويضعه على بعض عقاقيره للدعاية  
لها وترويجها (Grenoble, 15 Juillet 1919 D. P. 1920, 2. 9) وقد اعتبر  
بعض الفقهاء ذلك تعسفاً في استعمال حق التصوير ونشر الصور ( انظر :  
(Rouast, Note sous l'arrêt précité, ibid -Josserand op cit. No.164)  
، رغم أن الأمر لا يتعلق إلا بمجرد حرية أو رخصة من الرخص لا شأن لفكرة  
التعسف بها .

وكالتاجر الذي يهون من منتجات أو بضائع خصمه ويحقرها ويقلل من  
الثقة فيها أو يستعمل أساليب غير كريمة لفض عملائه من حوله . وقد اعتبر  
بعض الفقهاء ذلك تعسفاً في استعمال حق المنافسة الحرة (Josserand, op.  
cit., No.172) رغم أن حرية المنافسة مجرد رخصة من الرخص يجب أن يخضع  
استعمالها لفكرة الخطأ لا لفكرة التعسف .

(٢) كرجل الدين الذي يهاجم في خطبائه على المدرسة اللادينية ويعمم  
بعض الاتهامات الخطيرة التي تنسب إلى بعض معلميه (Orléans 10 décembre  
1913.S.1914. 2.97) ، وكالجريدة التي تلغو الناس إلى مقاطعة أحد التجار  
لأنه يفتح محله يوم عطلة الأحد (Req. 8 mai 1876. D. P. 1876. 1. 259)  
وقد اعتبر بعض الفقهاء ذلك تعسفاً في استعمال حق الرأي (Josserand, op.  
cit., Nos 162, 163. — Campion, op. cit. No. 101) ، رغم أن الأمر هنا  
لا يعدو أن يكون استعمالاً لحرية أو رخصة عامة .



## الدقيق «١» •

غير أن من الحقوق ما يدق أمر التفرقة بينه وبين الحريات أو الرخص العامة إلى حد بعيد، ومن ذلك خاصة حق الدعوى (Le droit d'action) في تمييزه عن حرية التقاضي أو حرية الالتجاء إلى القضاء (faculté d'accès à la justice) • فحرية التقاضي هي حرية كل شخص في طرح ادعاءاته أمام القضاء أيا كانت قيمة هذه الادعاءات أو صحتها، حتى ولو كانت ادعاءات لا يمكن اسنادها قانونا «٢» • أما حق الدعوى، فهو سلطة صاحب حق من الحقوق في أن يقتضى من القضاء — في مواجهة خصمه — الاعتراف بحقه المنكور أو حماية حقه المهدد أو المعتدى عليه «٣» • ولذلك كان حق الدعوى حقا استثنائيا خالصا لصاحبه، وكانت حرية التقاضي رخصة عامة للكافة دون استثناء «٤»؛ بحيث يعتبر حق الدعوى وحده هو الذى يمكن أن يرد عليه

= بل لقد ذهب بعض الفقهاء إلى أبعد من ذلك، فاعتبروا السب والقذف بنية الأضرار من قبيل التعسف في استعمال حق مزعوم هو التعبير عن الرأي وخاصة عن طريق الصحافة — (Josserand, op. cit. Nos 159, 160. — Campion, op. cit. No. 100) ؛ ولا حاجة إلى بيان وجه المبالغة والمفارقة في هذا النظر! ...

(١) Notre thèse précitée, pp. 109, 110

(٢) ويدخل تحت هذه الحرية كذلك حرية الدفاع أمام القضاء وحرية سلوك الطرق المختلفة للطعن في الأحكام، انظر في ذلك:

Glasson et Tissier, Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, t. I, 3e éd. No. 170.

(٣) انظر في التمييز بين حق الدعوى وحرية التقاضي على هذا النحو:

Glasson et Tissier, op. cit. No. 167-172.

Notre thèse précitée, pp. 110-113.

ولذلك فمن ليس له حق فيما يدعيه، تبقى له على الأقل حرية رفع ادعاءاته — ولو كان لا يمكن اسناده — إلى القضاء، ولكن القضاء يرفض من بعد طلبه وادعاءه على أساس أن لا حق له ولا دعوى له بالتالي •

( في هذا المعنى : (Glasson et Tissier, op. cit. No. 169 172).

(٤) ومقتضى ذلك أن حق الدعوى ليس حقا عاما مخولا لصاحبه ضد الدولة وإنما هو حق خاص مخول له ضد شخص معين، والقول بغير ذلك معناه الخلط بين حق الدعوى وبين حرية التقاضي التي تعتبر وحدها حرية عامة •

( انظر : (Glasson et Tissier, op. cit., Nos 170, 172).



التعسف ، أما الانحراف في ممارسة حرية التقاضي فتتكفل بتقويمه — اذا كان انحرافا عن السلوك المألوف — نظرية المسؤولية التقصيرية وفكرة الخطأ «١» .

ولذلك لا يعتبر تعسفا وانما يكون خطأ : تقديم شكوى أو تبليغ لا أساس له «٢» ، ورفع دعوى لا أساس لها لمجرد مضايقة الخصم «٣» ، وانكار صفة ثابتة على من تتوافر له لمجرد التماذى في الخصومة «٤» . بينما يعتبر من قبيل التعسف الحقيقي لوروده على حق بالمعنى الدقيق هو حق الدعوى : مقاضاة الدائن صاحب الحق مدينه أمام محكمة يعلم أنها غير مختصة لمضايقته بالانتقال الى محلها ، والتزام المدعى عليه الصمت — رغم أنه صاحب الحق — وعدم دفعه الدعوى بدفع يملكه ويعلم أنه حاسم ينهى النزاع لمجرد ارهاق خصمه بتكاليف استمرار الخصومة «٥» ، وقيام الخصم صاحب الحق بترك الحكم يصدر في غيبته ليعود في المعارضة فيتقدم بدفع بعدم الاختصاص بعلمه من الأصل مقبولا «٦» ، واختيار المدعى صاحب الحق — من بين المحاكم

(١) انظر في هذا المعنى خاصة :

Glasson et Tissier, op. cit., No. 171. — Notre thèse précitée, p. 111

ولكن انظر عكس ذلك :

احمد ابو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٥ ،

فقرة ٨٨ .

(٢) انظر ، مع ذلك ، في اعتبار هذا المثال تعسفا في استعمال الحق :

Josserand, op. cit., No. 49

(٣) ولكن انظر في اعتبار ذلك تعسفا :

Mazeaud, op. cit., t. I, No. 591.

(٤) كمن ينكر — دون حق — صفة الوارث على شخص معين وهو على

يقين من توافرها له بقصد الاضرار به والكيد له .

( انظر : تقض ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ ، المحاماة ١٤/٥٧/٩٣ — استئناف

مصر ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٨ ، المحاماة ١٩/٢٢٥/٥٣٦ ) . ولكن هذه الأحكام

تعتبر ذلك تعسفا في استعمال الحق رغم ما هو واضح من أن الأمر يعنى هنا حرية

التقاضي العامة ، وليس حق الدعوى ) .

(٥) Ripert, op. cit., No. 96

(٦) Req. 26 Juin 1855. S. 1856. 1. 454



المختصة المتعددة — المحكمة الأبعد بالنسبة الى المدعى عليه ليحمله ضرراً كبيراً «١» .

#### ٤١٤ — التعسف يرد على استعمال كافة الحقوق — رفض فكرة الحقوق المطلقة أو التقديرية

إذا كان التعسف لا يرد الا على استعمال الحقوق دون ممارسة الحريات أو الرخص العامة على النحو السابق بيانه ؛ فيبقى التساؤل عما اذا كان التعسف يرد على استعمال كافة الحقوق دون تمييز ، أم يرد على استعمال بعضها دون البعض الآخر .

نجد اتجاهها قويا في الفقه الفرنسى خاصة يخرج بعض الحقوق من نطاق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق ، ويعتبرها بذلك حقوقا مطلقة يترك استعمالها لمحض تقدير أصحابها دون خضوع هذا الاستعمال — في دوافعه وأغراضه — لرقابة أو تعقيب القضاء ، وهو ما يحى أصحابها من أى حد من هذا الاستعمال ويعصمهم من أية مسئولية تترتب بسببه ؛ وهذه هي « الحقوق المجردة أو غير المسببة » (droits abstraits ou non causés) كما يسميها البعض «٢»، أو «الحقوق التقديرية» (droits discrétionnaires) كما يسميها بعض آخر «٣» .

غير أن أنصار هذا الاتجاه لا يتفقون على تبرير واحد لوجود هذه الطائفة من الحقوق المطلقة أو التقديرية .

فبعضهم يرد ذلك الى ما لهذه الحقوق من حدود موضوعية معينة تعينا دقيقا تغنى عن الحدود الشخصية التى تقيمها نظرية التعسف في استعمال الحق «٤» . غير أن هذا التبرير ليس بالمقنع ، فلا يتوقف اعمال نظرية التعسف في الواقع على مدى التحديد الدقيق لمضمون الحق بقدر ما يتوقف على فكرة

---

(١) Ripert, op. cit., No. 97

(٢) Josserand, op. cit., No. 306

(٣) Rouast, article précité

(٤) Josserand, op. cit., No. 306, p. 416



الحق نفسها وارتهانها بغاية معينة، خاصة وأن حدود الحق الموضوعية — مهما بلغت دقة تعيينها — إنما ترسم مضمون الحق والتعسف إنما يتعلق بغايته • هذا فضلا عن عدم صدق هذا التبرير في كل الحالات : فبعض الحقوق ذات الحدود الدقيقة يظل مع ذلك محلا للتعسف ، وبعض الحقوق التي يقال إنها مطلقة أو تقديرية تفتقد مثل هذا التحديد الدقيق «<sup>١</sup>» •

ويرد بعض آخر من أنصار هذا الاتجاه بقاء بعض الحقوق مطلقة الى أن استعمالها استعمالا تحكيميا يكون أمرا ضروريا أمام ما يهيمن على هذا الاستعمال من دوافع شخصية خالصة تستعصى على تقدير القاضى وتكون من شأن صاحب الحق وحده «<sup>٢</sup>» • ولكن هذا التبرير بدوره غير مقنع • اذ ما دام من شأن أعمال نظرية التعسف في استعمال الحق اخضاع دوافع استعمال الحقوق لرقابة القضاء وهي بحسب طبيعتها دوافع شخصية، فلا وجه اذن لحرمانه — بدعوى الصفة الشخصية الخالصة — من رقابة بعض هذه الدوافع دون بعض • فضلا عن أن هذا التبرير يخلق مشكلة أخرى ليس من اليسير حلها ، هي مشكلة تحديد ما يعتبر من الدوافع ذا صفة شخصية خالصة بحيث يترك لمحض تقدير صاحب الحق وما لا يعتبر كذلك فيخضع لرقابة القضاء «<sup>٣</sup>»، وبذلك يتعذر التوصل مقدما — على ضوء هذا التبرير — الى تحديد ما يعتبر من الحقوق مطلقا أو تقديريا وما يعتبر منها نسبيا يصلح محلا للتعسف •

وأمام عدم توفيق هذه المحاولات في تقديم تبرير عام يصدق على كل الحقوق التقديرية ، يحاول بعض فقهاء آخرين تتبع كل حق من الحقوق التقديرية على حدة لتحديد المبرر لصفته المطلقة على ضوء طبيعته ومعناه الخاص «<sup>٤</sup>»، وإن كانوا يحاولون مع ذلك أن يردوا المبررات الخاصة المختلفة

---

Rouast, article précité, No. 3, pp. 2, 3 (١)

Ripert, op. cit., No. 100 (٢)

Notre thèse précitée, p. 123 (٣)

(٤) انظر خاصة :

Rouast, article précité, p. 3. pp. 8 et s. — Dabin, op. cit. pp. 305-308.



الى مجموعات معينة تستجيب كل منها لفكرة عامة مشتركة بين الحقوق التقديرية الداخلة فيها .

وهم يبدأون من التفرقة التي سبقت الإشارة اليها «<sup>١</sup>» بين « الحقوق الذاتية أو الأنانية » التي تمثل ميزات فردية تعطى أصلا لتحقيق المصلحة الخاصة لأصحابها ، وبين « الحقوق الغيرية أو الوظيفية » التي تمثل واجبا أو وظيفة تقع على أصحابها لتحقيق مصلحة الغير أو مصلحة الجماعة بوجه عام «<sup>٢</sup>» . ففي شأن ما يعتبر تقديريا من الحقوق الأخيرة ، وخاصة في شأن السلطات الأبوية والعائلية كسلطة الأبوين في القانون الفرنسى في الموافقة أو عدم الموافقة على زواج الابن القاصر أو فى الاعتراض على زواج الابن الراشد ، يردون صفتها التقديرية الى عوامل متعددة : كالتقاليد التاريخية ، أو الثقة التي يمنحها القانون لأصحاب هذه السلطات بحكم مراكزهم ، أو الصعوبات التي تحوط تحقيق الرقابة على استعمال مثل هذه السلطات «<sup>٣</sup>» . وأما فى شأن ما يعتبر تقديريا من الحقوق الذاتية أو الأنانية التي تعطى ميزات فردية لتحقيق صالح أصحابها ، فيردون الصفة التقديرية لبعضها الى تعلقها بالشخصية الانسانية كما هو الشأن فى حق الإيضاء وحق الرد والحق المعنوى للمؤلف «<sup>٤</sup>» ، وبعضها الآخر الى اعتبارات تتعلق بالسياسة الاجتماعية كما هو الشأن فى حق طلب قسمة المال الشائع وحق الاشتراك فى ملكية الحائط الفاصل فى القانون الفرنسى «<sup>٥</sup>» ، وبعضها الأخير كحق فتح المجلات على المسافات القانونية المشروعة الى الآثار الباقية للنظرة القديمة الى حق الملكية باعتباره

---

(١) انظر سابقا ، هامش (٢) ص ١١١٢ .

(٢) Rouast, article précité, p. 5 et s. — Dabin, op. cit., pp. 217-236.

(٣) Rouast, article précitée, No. 24, pp. 15, 16. — Dabin, op. cit., pp. 253, 254.

(٤) Rouast, article précité, Nos 15-17 pp. 9-12  
وقرب من ذلك فى شأن حق الإيضاء :

Dabin, op. cit., p. 307.

Rouast, Nos. 19, 20. pp. 13, 14. — Dabin, ibid. (٥)



حقا مطلقا «١» ، أو الى الحاجة الى الوضوح في علاقات الجيران والأمن في استعمال حق الملكية «٢» .

وإذا كان هذا المذهب يتفادى ما فى التعميم فى تبرير وجود حقوق تقديرية مطلقة من قصور محتوم أمام تعدد هذه الحقوق وتنوعها ، إلا أن المبررات المتعددة التى يقدمها ليست مقنعة فى عزل بعض الحقوق عن رقابة القضاء على استعمالها . فلو سلمنا جدلا بصحة التفرقة بين « الحقوق الذاتية أو الأنانية » و « الحقوق الغيرية أو الوظيفية » رغم ما يرد عليها من اعتراض «٣» ، لبقيت المبررات المقدمة لاسناد الصفة المطلقة لما يعتبر تقديريا من كل من نوعين محالا للانتقاد . فاعتبارات الشخصية الانسانية أو السياسة الاجتماعية أو التقاليد التاريخية أو صعوبات الرقابة القضائية ، اعتبارات خارجية لا تمس جوهر فكرة الحق التى ترتبط بها نظرية التعسف ، ولا يجب أن يكون لها من الوزن مثل ما يعطى لها فى استخلاص بعض الحقوق من الخضوع لهذه النظرية والفصل بذلك فى شأنها بين فكرة « الحق » وما يرتهن به من غاية معينة .

والواقع أنه اذا كانت ما تزال توجد فى بعض القوانين والشرائع التى تقر الأخذ بمبدأ عدم التعسف فى استعمال الحق حقوق تقديرية أو مطلقة

---

Rouast, No. 18, p. 13. — Dabin, ibid. (١)

Dabin, ibid. (٢)

ويحاول الأستاذ « دابان » أن يجد رابطة مشتركة بين كل هذه المبررات للصفة المطلقة لما يعتبر تقديريا من الحقوق الذاتية أو الأنانية ، هى كون الاعتبار الأخلاقى الذى تؤسس عليه عنده فكرة التعسف فى استعمال الحقوق الذاتية يجب أن يتلشى حيث توجد اعتبارات أخرى يؤدى تجاهلها اجتماعيا الى مضار أكثر من مضار التعسف (Dabin, op. cit., pp. 307, 308) . وظاهر ما فى هذا القول من تعميم ينقصه التحديد والوضوح ، مما يصيره سلاحا ذا حدين يمكن استخدامه فى شأن أى حق من الحقوق بل وفى القضاء فى النهاية على نظرية التعسف نفسها .

(٣) انظر فى انتقاد هذه التفرقة:

Notre thèse précitée, pp. 126-129.

وسابقا ، هامش ص ١١١٣ .



لا يخضع استعمالها لرقابة القضاء ، فليس ذلك الا بعض بقايا النزعة الفردية القديمة المتطرفة التي كانت تجعل لصاحب الحق حصانة مطلقة في استعمال حقه . وقد أكد استبقاء هذه النزعة حية في شأن تلك الحقوق ، أن التعسف في استعمالها لا يمثل بعد في نظر الجماعات صاحبة هذه القوانين درجة من الخطورة الكافية تحملها على التصدي لتقويمه «<sup>١</sup>» . ولذلك كان طبيعيا ألا تتفق هذه القوانين المختلفة على قائمة واحدة لما يعتبر تقديريا مطلقا من الحقوق ، اذ يختلف الأمر بحسب نظرة كل جماعة والمثل التي تسيرها والسياسة التشريعية التي تستهدفها ومدى ارتدادها عن النزعة الفردية القديمة ومدى استشعارها خطر التعسف في استعمال هذه الحقوق . وعلى أى حال ، فالمسلم — حتى باعتراف المدافعين عن وجود هذه الحقوق التقديرية — أن هذه الحقوق في تراجع وعددها في تناقص «<sup>٢</sup>» ، ومآلها المحتوم — فيما نرى — هو الانقراض في القريب مسaire للتطور المحتوم في هذه الجماعات . وأيا كان الأمر ، فوجود حقوق مطلقة أو تقديرية مرجعه اذن ظروف خاصة بكل جماعة ، ولكن ليس في جوهر هذه الحقوق ما يحتم في المنطق اطلاق استعمالها لمحض تحكم وتقدير أصحابها .

وأمام ذلك ، وبالنظر كذلك الى أن المشرع المصري — في تقريره نظرية التعسف — انما يتكلم عن « استعمال الحق » بصفة عامة دون تمييز أو تحديد ودون اشارة الى امكان وجود حقوق تقديرية، نستطيع أن نستخلص أن التعسف في القانون المصري يرد على استعمال كافة الحقوق «<sup>٣</sup>» ، وأن هذا القانون قد تخلص تماما — في شأن استعمال الحقوق — من كل بقايا النزعة الفردية وأنه لا يقر بالتالي وجود حقوق تقديرية «<sup>٤</sup>»، يتمتع أصحابها

---

(١) Notre thèse précitée, pp. 130, 131

(٢) Rouast, article précité, pp. 2, 12, 16

(٣) في هذا المعنى :

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٦٧ .

(٤) وهذا ما يمكن أن تؤيده كذلك بقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد بان هذا المشروع « أحل النص الخاص بتقرير



بسلطان مطلق في استعمالها دون تعقيب أو رقابة عليهم في ذلك من قبل القضاء .

وفضلا عن ذلك ، فنتبع ما يقدم من مبررات خاصة لاطلاق استعمال كل حق من هذه الحقوق التقديرية المزعومة لا يلبث أن يتكشف عن عدم وجاهتها ، ويزيد في تأكيد رفض فكرة الحقوق التقديرية . ونكتفى فيما يلي بمناقشة هذه المبررات في شأن أبرز هذه الحقوق « ١ » .

(١) **حق الايضاء :** اذا كان المشرع يجيز للشخص الايضاء بماله في حدود معينة ، فقد شاع الاعتقاد بأن حق الايضاء في هذه الحدود حق مطلق تقديري للموصى لا مسئولية عليه في استعماله ، حتى ولو كان هذا الاستعمال متمحضا للاضرار بالورثة .

وهذا الاعتقاد هو السائد في الفقه الفرنسي بصورة مطلقة . ويرر ذلك عادة بأن حق الايضاء هو التعبير أو المظهر الأسمى للشخصية الانسانية مما يجعله حقا مقدسا ، خاصة وأن رقابة القضاء لا يتصور فرضها في شأن تصرف بالارادة الأخيرة للشخص قبل وفاته ، لأن صاحب هذه الارادة لم يعد موجودا للدفاع عن تصرفه ، فيجب إذن أن توفر قداسة معينة لارادة من ماتوا ترفعها عن مجال الجدل والرقابة « ٢ » . ولكن واضح ما في هذا القول من مبالغة غير مقبولة تسبغ قداسة غير مفهومة على بعض الارادات لمجرد وفاة أصحابها بعد اصدارها ، فليست ارادة من ماتوا بأكثر عصمة من ارادة من

---

نظرية التعسف في استعمال الحق مكانا بارزا بين النصوص التمهيدية ، لأن لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون . . . (فهي) تنطبق على روابط الأحوال الشخصية كما تنطبق على الروابط المالية ، وتسرى في شأن الحقوق العينية سرياتها في شأن الحقوق الشخصية . . . ولا تقف عند حدود القانون الخاص بل تجاوزه الى القانون العام . . . » (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ، ص ٢٠٧) .

(١) راجع في تفصيل مناقشة المبررات الخاصة لكل حق من الحقوق التقديرية .

Notre thèse précitée, pp. 181-168.

Rouast, article précité, No 15, pp. 9, 10 (٢)



لا يزالون ب قيد الحياة • هذا فضلا عن أن التوسع الذي تلقاه فكرة السبب غير المشروع على يد القضاء الفرنسي واعمالها كذلك في شأن الوصايا، معناه امكان مناقشة ارادة الموصي بعد وفاته ورفايتها ك ارادة الأحياء سواء بسواء، بل هو في الواقع كذلك نواة لاجراء مبدأ عدم التعسف على استعمال حق الايضاء «١» •

أما في القانون المصري، حيث أحكام الوصية مأخوذة عن الفقه الاسلامي، فيبدو أن المذاهب الفقهية الأربعة الكبرى كانت تعتبر حق الايضاء في حدود النصاب المفروض حقا تقديريا مطلقا لا تعقيب على استعماله، فكانت لا ترتب أثرا قانونيا على التعسف في هذا الاستعمال، وانما كانت الوصايا التعسفية مكروهة كراهة دينية وجزاؤها كذلك محض جزاء ديني • ومع ذلك، فليس لهذا الرأي سند أو مبرر مقبول، طالما يتقرر الأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق مما يوجب اخضاع حق الايضاء لها كغيره من الحقوق وطالما أن الموت لا يخلع على الارادة عصمة أو قداسة ليست ثابتة لها في الأصل كما سبق البيان • ولذلك نجد اتجاها عند بعض مفسري القرآن بمخالفة هذا الرأي حملا لقوله تعالى بعد تحديد أنصباء الورثة « من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار » على معنى منع وصية الضرر التي يقصد بها الاضرار بالورثة ولو لم يجاوز الموصي بها حدود الثلث وهو النصاب المشروع للايضاء «٢»، لأن الوصية يجب أن يكون الغرض منها القيام بعمل من أعمال الخير أو البر المحمودة عند الله • وكذلك نجد صدى لمثل هذا الاتجاه عند بعض المتأخرين من فقهاء الشريعة الاسلامية ممن يعتدون بالنية والقصد في

---

(١) في هذا المعنى :

Notre thèse précitée, pp. 133, 134

(٢) انظر، خلاصة، قول الزمخشري في تفسير عبارة «غير مضار» الواردة في الآية : « أي يوصي بها وهو غير مضار لورثته، وذلك أن يوصي بزيادة على الثلث أو يوصي بالثلث فما دونه ونيتته مضارة ورثته ومغاضبتهم لا وجه لله تعالى » (الزمخشري، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الاقوال في وجوه التأويل، الطبعة الاولى، ١٣٥٤ هـ، ج ١، ص ٢٥٥) •



الحكم على الأفعال والتصرفات ، كابن تيمية وابن القيم الجوزية خاصة «١» .  
وقد تأثر المشرع المصرى أخيرا باتجاه هؤلاء الفقهاء ، فنص فى قانون  
الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على أنه « يشترط فى صحة الوصية . . . ألا يكون  
الباعث عليها منافيا لمقاصد الشارع » (م ١/٣) ، وعلى أن الشرط الصحيح  
فى الوصية « هو ما كان فيه مصلحة للموصى أو الموصى له أو لغيرهما ، ولم  
يكن منها عنه ، ولا منافيا لمقاصد الشريعة » (م ٢/٤) . وعندنا أن مقاصد  
الشارع أو الشريعة إنما تعنى بوجه عام روح القانون ومبادئه الأساسية  
والعمامة من ناحية ، كما تعنى بوجه خاص الغرض أو الغاية من تقرير حق  
الايضاء من ناحية ثانية . وعلى هذا النحو ، لا يجدى الاحتفاء بعدم تخطى  
حدود النصاب المشروع للايضاء للدعاء بصحة الوصية ، اذا كانت الوصية  
مخالفة لروح القانون أو منحرفة عن الغاية من حق الايضاء ، وهذه الغاية  
هى استدراك تحقيق ما فات الشخص حال حياته من القيام بعمل من أعمال  
البر أو الخير أو النفع أو من وفاء بعض ما يقع عليه من واجبات أخلاقية  
يطمئن بها ضميره . وبذلك يكون المشرع المصرى فى الواقع قد أعمل صراحة ،  
بهذه النصوص ، فكرة التعسف وأجراها على حق الايضاء . وعلى ذلك ،  
تعتبر الوصية تعسفية ، ولو لم تتجاوز حدود النصاب المشروع للايضاء ، اذا

---

(١) انظر خاصة قول ابن القيم الجوزية ان «قاعدة الشريعة التى لا يجوز  
هدمها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة فى التصرفات والعبارات كما هى معتبرة  
فى التقربات والعبادات . فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشئ حلالا أو حراما  
وصحيحا أو فاسدا وطاعة أو معصية» ، وكما أن القصد فى العبارة يجعلها واجبة  
أو مستحبة أو محرمة أو صحيحة أو فاسدة . ودلائل هذه القاعدة تفوت الحصر .  
فمنها قوله تعالى . . . « من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار » فانما قدم  
الله الوصية على الميراث اذا لم يقصد الموصى الضرر ، فان قصده فللورثة ابطالها  
وعدم تنفيذها . وكذلك قوله « فمن خاف من موص جنفا أو اثما فأصلح بينهم  
فلا اثم عليه » ، فرفع الاثم عمن أبطل الجنف والاثم من وصية الموصى ولم يجعلها  
بمنزلة نص الشارع الذى تحرم مخالفته ( ابن القيم الجوزية ، اعلام الموقعين عن  
رب العالمين ، ادارة الطباعة المنيرية ، ج ٣ ، ص ٨٤ ) .

وانظر كذلك فى بيان هذا الاتجاه :

Fathy, thèse précitée, Nos. 132 et s.

محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، ١٩٥٠ ، فقرة ٣٧ وما بعدها .



لم يقصد بها خاصة الا مجرد الاضرار بالورثة «١» ، أو اذا كانت البواعث عليها أو المصالح المقصودة منها غير مشروعة . فحق الايضاء اذن ليس حقا مطلقا لمحض تقدير الموصى ، وانما هو حق مقيد بعدم التعسف في استعماله كغيره من الحقوق .

(٢) **حق الطلاق :** اذا كان للزوج ، وفق أحكام الشريعة الاسلامية ، حق الانفراد بطلاق زوجته وحل رابطة الزوجية ، فينبغي التساؤل عن مدى مسؤوليته عن استعمال هذا الحق .

وقد ذهب بعض فقهاء الشريعة الاسلامية «٢» الى اعتبار هذا الحق مطلقا لا تترتب أى مسؤولية على الزوج المطلق من جراء استعماله ، استنادا الى قوله تعالى «لا جناح عليكم ان تطلقتم النساء» ، كل ما فى الأمر أنه أمام ما ورد فى الأحاديث النبوية من تبغيض الطلاق يكون استعماله لغير ضرورة أو حاجة مكروها كراهة دينية بحيث ينحصر الجزاء عليه فى الجزاء الدينى وحده . وقد شايحت بعض المحاكم المصرية فى ظل التقنين المدنى القديم هذا الرأى وبالغت فى اطلاق حق الطلاق برفض مسؤولية المطلق حتى ولو لم يوجد من الأسباب ما يبرر الاقدام على الطلاق «٣» .

ولكن من الواضح أنه ليس لهذا الرأى سند مقبول : فمن ناحية ، ثابت أن الأصل فى الطلاق هو الحظر لا الاباحة لقول الرسول عليه السلام

---

(١) انظر فى بطلان وصية الضارب :  
أحمد ابراهيم ، كتاب الوصية وبيان أحكامها فى الشريعة الاسلامية ،  
١٩٤٣ ، ص ٢٦ و ٢٧ — محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، فقرة ٤٤ ، ص ٥٢ .  
(٢) ومنهم الامام السرخسى ، انظر فى الاشارة الى رأيه فى هذا الشأن :  
محمد يوسف موسى ، أحكام الأحوال الشخصية فى الفقه الاسلامى ، الطبعة  
الثانية ، ١٩٥٨ ، فقرة ٣٣٩ .

(٣) انظر فى ذلك :

Appel mixte, 20 Juin 1922, Gazette, 13, 99, 55

استئناف مصر ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ ، المحاماة ٨/٣٢٥/٤٩٦ — مصر  
الكلية ٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ ، المحاماة ١٥/القسم الثانى/١٢٧/٢٥٦ —  
استئناف مصر ٢٢ يناير سنة ١٩٣٦ ، المحاماة ١٧/٥٨/١١٩ ، حيث يذكر هذا



« أبغض المباحات عند الله الطلاق » و « لعن الله كل ذواق مطلاق » ، مما يعنى أنه حق استثنائي لم يقرر خلافا للأصل الا لضرورة أو حاجة تدعو اليه فيرتهن استعماله بذلك . ومن ناحية أخرى ، فطالما أن من المقرر تحريم التعسف في استعمال الحق ، يكون من الواجب اجراء هذا التحريم على كل الحقوق ومنها حق الطلاق ، خاصة وأن الأضرار الناجمة عن الطلاق التعسفي تكون عادة أضرارا بالغة . ولا يجدي في اسباغ الصفة التقديرية أو المطلقة على هذا الحق الادعاء بأن رقابة القضاء على استعماله « تفتح بابا واسعا للخوض في أسرار البيوت وفي أخفي العلاقات وأجدر أسباب الطلاق بالستر » (١) ، فهو ادعاء ينقضه — كما تقول بحق محكمة النقض (٢) — « أن الشريعة الفراء قد أباحت فيما أباحت أن تطلب الزوجة الطلاق لعيوب في زوجها ، كذلك أباح ( المشرع ) للزوجة أن تطلب الفرقة اذا ادعت اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما ، وبدهى أن بحث ذلك — دفعا ودفاعا — قد يكشف الستر عما ( يقال ) ان الشريعة تتطلب ستره من شئون الزوجين » . ولا يجدي كذلك الزعم بأن مؤخر الصداق ونفقة العدة بمثابة

الحكم أن « الطلاق في الشريعة الاسلامية مباح ، فلا يترتب عليه اى مسئولية الا الحقوق التي يخولها الشرع للمطلقة من حيث المهر ونفقة العدة ، حتى لو كان الطلاق بلا سبب . فليس على المطلق من حرج الا أن يكون مبغوضا عند الله كمن يرتكب معصية دينية ، لان الحقوق التي بين الانسان وربه لا يسأل عنها في الدنيا ولكنه يسأل عنها في الآخرة . . . فضلا عن أن ( الزوج ) غير مسئول أن يبين سببا للطلاق لما في ذلك من افشاء أسرار الزوجية وهتك أعراض الزوجة . . . وحتى لو فرض ولم يكن هناك سبب ظاهر ، فيكفى مجرد رغبة ( الزوج ) الخلاص منها ليكون ذلك مبررا للطلاق كما تبيح ذلك الشريعة الفراء . ومتى كان الأمر كذلك ، فلا يمكن أن يقال ( أنه ) قد أساء استعمال هذا الحق لأنه يقصد منفعة شخصية له بالخلاص من ( الزوجة ) ولا يقصد مجرد الإضرار بها » .

وانظر في التعليق على هذا الحكم وانتقاده : سليمان مرقس ، مجلة القانون والاقتصاد ، س ٧ ، ص ٣٥٢ .

(١) استئناف مصر ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ سالف الذكر ، وفي نفس المعنى : استئناف مصر ٢٢ يناير سنة ١٩٣٦ سالف الذكر .

(٢) نقض ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ ، مجموعة عمر ( المدنية ) ، ج ٣ ، رقم ٣٥ ، ص ٨٥ .



التعويض المستحق للزوجة في حالة الطلاق «١» ، لأن مؤخر الصداق دين مؤجل للزوجة على زوجها ، ولأن نفقة العدة إنما تقرر للمطلقة نتيجة احتباسها لحق مطلقها حتى انتهاء العدة «٢» .

والواقع أن الطلاق ، وهو حق خطير ينهى رابطة الزوجية وهي أوثق الروابط الانسانية بارادة الزوج المنفردة ، يجب أن يتقيد استعماله بالقيود المتناسبة مع خطورته من وجود أسباب جدية ومبررات قوية تدعو الى هذا الاستعمال ، فهو لم يشرع — وكراهته المنصوص عليها شاهدة بذلك — الا حيث يصبح الالتجاء اليه ، أمام هذه الأسباب والمبررات ، أفضل من الاستمرار في حياة زوجية تعسة لا خير فيها «٣» . وكثير من كبار فقهاء الشريعة الاسلامية — كالكاساني ، والكمال بن الهمام ، وابن عابدين — يرون هذا الرأي ، ويذهبون الى أن الأصل في الطلاق أنه محظور لا يباح الا لحاجة، بحيث اذا تجرد عن هذه الحاجة يبقى على أصله من الحظر «٤» . وعلى هذا النحو ، ليس في حقيقة أحكام الشريعة الاسلامية ما يسبغ على حق الطلاق الصفة المطلقة أو التقديرية المزعومة له ، بل فيها — على نقيض ذلك — ما يوجب على القضاء رقابة استعمال هذا الحق وتقصى جدية ومشروعية أسبابه ومبرراته . وهذا ما بصرت به بعض المحاكم المصرية في ظل التقنين المدني القديم مقرررة مسئولية الزوج عن التعسف في استعمال حق الطلاق «٥» ،

---

(١) انظر في ذلك : الاحكام المشار اليها في هامش (٣) ص ١١٥١ .

(٢) في هذا المعنى :

السعيد مصطفى السعيد ، الرسالة السابقة ، ص ٢٥١ و ٢٥٢ .

(٣) في هذا المعنى :

Notre thèse précitée, p. 143.

(٤) انظر في الإشارة الى رأى هؤلاء الفقهاء ، وفي تأييده :

محمد يوسف موسى ، المراجع السابق ، فقرات ٣٤٠ و ٣٤١ .

(٥) مصر الكلية ٢٠ يناير سنة ١٩٢٦ ، المحاماة ٦/٢٥٥/٣٣٣ — شبين

القوم الكلية ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٠ ، المحاماة ١١/٢٧٦/٥٤٠ — مصر الكلية

١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٢ ، المحاماة ١٣/٥٦٤/١١٣٣ .



وأيده كثير من الفقهاء «١»، بل وأيدته محكمة النقض بطريق غير مباشر حينما قررت مبدأ صحة تعهد الزوج بتعويض زوجته اذا طلقها وعدم مخالفة هذا التعهد لأحكام الشريعة الاسلامية ولا لقواعد النظام العام «٢» .

بل ويؤيد القول بنسبية حق الطلاق وبفرض الرقابة على استعماله ، أن السائد في فقه الشريعة الاسلامية أن المريض مرض الموت اذا طلق زوجته بغير رضاها طلاقاً بائناً فترثه رغم ذلك اذا مات في هذا المرض وهي ما تزال في عدة الطلاق «٣» ، وهذا ما يأخذ به المشرع المصري كذلك صراحة بقوله « تعتبر المطلقة بائناً في مرض الموت في حكم الزوجة ( من حيث الميراث ) اذا لم ترض بالطلاق ومات المطلق في هذا المرض وهي في عدته » ( م ١١ / ٣ من

(١) أنظر خاصة :

Fathy, thèse précitée, No 149, pp. 229, 230 — El Rafehi, La répudiationsn dans le droit positif de l'Islam, thèse Paris 1950, p. 57.

السعيد مصطفى السعيد، الرسالة السابقة ، ص ٢٣٢ ، ٢٥١-٢٥٣ . — سليمان مرقس ، التعليق سالف الذكر . — حسين عامر ، المرجع السابق ، فقرات ٢٥٩ و ٢٦٠ . — أحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، هامش (١) ص ٤٢٩ .

(٢) نقض ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ سالف الذكر ، حيث يذكر الحكم انه « بما أن افتراض أن الشريعة الاسلامية حين سنت حرية الطلاق كانت تلحظ حماية هذه الحرية ببوادر أهمها أن تعفى الزوج من ضرورة الافضاء بما دعاه الى الفرقة ، ... لا أثر له في بحوث الفقهاء ... وبما أن ما قال به الطاعن من مخالفة النظام العام اذا ما اضطر الزوج بدعوى التضمنين الى بيان سبب الطلاق وكشف مستوره انما جاء تفريعاً عن نظرية الطاعن غير المسلم بها من أن الشريعة حظرت اذاعة سبب الطلاق . ومتى أهملت هذه النظرية تعين طرح ما تفرع عنها وامتنع القول بأن الاتفاق على تعويض الزوجة عند طلاقها هو اتفاق غير مشروع لمساسه بأحكام الشريعة الاسلامية وبالنظام العام ، وأصبح لزاماً احترام مثل هذا الاتفاق ... ( والكن ) لا مرأى في أن للزوج الذي في عنقه هذا الالتزام أن يتحلل منه اذا كانت الزوجة هي التي دفعته بفعلها الى الطلاق الذي تتطلب تضمينها عنه » .

وأنظر في التعليق على هذا الحكم : سليمان مرقس ، مجلة القانون والاقتصاد، س ١٣ ، ص ٣٥٤ وما بعدها .

(٣) عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، الطبعة الثانية ، ١٩٣٨ ، ص ١٥٣ و ١٥٤ — عمر عبدالله ، أحكام المواريث في



قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ) • فهذه فيما نرى «١» ، صورة من أخطر صور التعسف في استعمال حق الطلاق لاقدام الزوج عليه بقصد الفرار من ارث الزوجة منه وهو ما يستخلص من ايقاعه الطلاق بأتنا وهو في مرض الموت ، تقرر الشريعة الاسلامية والمشرع المصري عليه الجزاء الحق الذي يرد القصد منه بتوريث المطلقة بأتنا من المطلق اذا مات في مرضه قبل انتهاء العدة «٢» ، رغم أن الأصل هو أن رابطة الزوجية قد انحلت فور وقوع هذا الطلاق البائن وانتفت بانحلالها عن المطلقة صفة الزوجة تلك الصفة التي هي سبب التوريث • وهذا الحكم قاطع الدلالة على رفض الشريعة الاسلامية والمشرع المصري الصفة التقديرية المطلقة المزعومة لحق الطلاق •

وعلى أى حال ، فاذا كانت بعض المحاكم المصرية قد ذهبت في ظل التقنين المدني القديم الى اعتبار حق الطلاق حقا مطلقا ، فقد يلتمس لها العذر أمام خلو ذلك التقنين من نص يقرر نظرية عامة للتعسف في استعمال الحق ، مما اقتضاها التحرز من التوسع في اعمال هذه النظرية — وهى لما تزل حينئذ وليدة ناشئة — على بعض الحقوق التى تحوطها شبهة الاطلاق ومنها حق الطلاق • أما اليوم وقد انتهى المشرع الى تقنين نظرية عامة للتعسف في استعمال الحق فى التقنين المدني الجديد وبعبارات مطلقة لا تقصرها على بعض الحقوق دون بعض ، فلم يعد يوجد — فضلا عما سبق بيانه — أى سند قانونى للزعم بالصفة التقديرية المطلقة لحق الطلاق ، ويجب اذن اعمال نص

---

الشريعة الاسلامية ، الطبعة الاولى ، ١٩٥٥ ، ص ٨٨ وما بعدها ، أحكام الشريعة الاسلامية فى الاحوال الشخصية ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٨ ، ص ٣٨٦ وما بعدها — محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، فقرة ٣٩٧ وما بعدها •

وانظر مع ذلك فى اختلاف الآراء حول شروط هذا التوريث ، وفى رفض الامام الشافعى مبدأ التوريث : عمر عبدالله ، أحكام الموارث ، هامش (١) ص ٩٠ وما بعدها •

(١) Notre thèse précitée. pp. 142, 143

(٢) غير أنه لا يرثها اذا ماتت قبله وهى لا تزال فى العدة، لأنه قد اسقط حقه فى الارث منها بطلاقه اياها طلاقا بأتنا ( عمر عبدالله ، المرجع السابق ، ص ٨٨ ) •



المادتين الرابعة والخامسة من هذا التقنين المقررتين لهذه النظرية على حق الطلاق وتقرير مسئولية الزوج المطلق على تعسفه في استعمال هذا الحق . وهذا ما أخذت المحاكم تستقر عليه الآن في أحكامها الحديثة « ١ » . وواضح أن جزاء مثل هذا التعسف ينحصر في مجرد تعويض المطلقة تعويضا تقديرا ، إذ من غير المتصور — في أمر كالمعاشرة الزوجية يتعلق بدخائل النفوس والمشاعر ويمس الحرية الشخصية في أدق مظاهرها — إهدار ما حصل من طلاق وانجبار الزوج المطلق على الاستمرار في حياة زوجية يأبأها . وبديهي ، كما سبق البيان ، أن التعويض المستحق عن التعسف في الطلاق على هذا النحو ، مستقل ومنفصل عن الحقوق الأخرى المستحقة للمطلقة بناء على الطلاق في

(١) استئناف القاهرة ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٥٦ ، المحاماة ٣٧/٣١٢/٥٨٨ — استئناف القاهرة ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٨ ، المحاماة ٣٩/٣٣٦/١٠٥٧ .  
ويقرر الحكم الأخير أنه « من حيث أنه من المفهوم بداهة أن الشريعة التي أمرت بحسن المعاملة وجميل المعاشرة ورتبت للنساء حقوقا على الرجال ما كانت لتجعل حياة المرأة رهين كلمة من الرجل تخرج من فيه أنى شاء وفي أى وقت شاء بغير رقيب ولا محاسب ، مهما ترتب عليها من الأضرار بها . . . ولا يصح ( مع هذه المثل العليا في الخلق ) القول بأنها قد أباحت الطلاق على شرط النفقة والمتعة أو مؤخر الصداق . . . لأن في الطلاق بغير رضا ( المرأة ) وبغير سبب ظاهر إهدارا لها وإقلالا من شأنها ، وهو ما نهت عنه الشريعة . ويؤخذ من هذا كله أنه لا بد للطلاق من سبب مقبول . . . ومن حيث أن حكم الله في الطلاق يتحصل في أنه حرام ، وحرام جدا متى حصل بغير سبب ، وليس بصحيح ما يقال من أن الشريعة تجيزه لسبب وبغير سبب . وحقيقة الأمر أن هذا النوع من الطلاق يقع وتترتب عليه أحكام ولكنه يخالف لنصوص القرآن والسنة ومرتكبه آثم وخارج على حكم الشريعة . وأنه وإن رتب الشريعة أحكاما واحدة على الطلاق ذى السبب وغير ذى السبب ، إلا أنها لم تمنع إلزام الزوج الخارج في طلاقه على حكمها من تعويض مطلقته عن الأضرار التي أحدثها بها طلاقه الحرام ، وخاصة إذا كان الرجل لا يقصد من ذلك سوى الكيد والنكابة . . . ومن حيث أن الطلاق في الواقع شأنه شأن سائر الحقوق يخضع لإشراف القضاء ، فإن تبين أن استعماله كان لغرض غير مشروع ، قضى بالتعويض طبقا للمادتين ٤ وه من القانون المدنى . . . ومن حيث أنه وقد تبين سوء قصد المستأنف ومخالفته لأحكام الشرع ، فمن ثم تتحقق مساءلته عن فعله . . . وهو ما يوجب إلغاء الحكم المستأنف بزمته وإلزامه بالتعويض المناسب لفعلته . ومن حيث أن المحكمة ترى أن الحقوق الشرعية المترتبة على عقد الزواج — بالغة ما بلغت — لا تتدخل في التعويض المقضى به ، وتحفظ للسيدة الحق في المطالبة بها بدعوى على حدة إذا شاءت » .



ذاته وبصرف النظر عن مشروعية استعماله كالحق في مؤخر الصداق وفي نفقة  
العدة .

(٣) الحق المعنوي للمؤلف : يشير الحق المعنوي للمؤلف مشكلة مدى  
مشروعية استعماله في الأحوال التي يكون الحق المالي في احتكار استغلال  
المصنف متنازلا عنه الى غير المؤلف ، اذ من الواضح أن المؤلف باستعمال  
سلطات حقه المعنوي قد يتمكن من شل الحق المالي بين يدي المتنازل اليه أو  
من إلحاق الضرر به في الأقل .

وتم اتجاه في الفقه والقضاء الفرنسي يدعو الى اسباغ صفة تقديرية  
مطلقة على الحق المعنوي للمؤلف على أساس تعلقه بالشخصية «١» . ولكن  
اذا كان من غير المنكور ضرورة حماية الشخصية الفكرية للمؤلف ، وكانت  
السلطات المعنوية المعترف له بها على مصنفه يقصد بها توفير هذه الحماية ،  
فيجب بداهة عدم الانحراف في استعمال هذه السلطات عن الغاية من تقريرها ،  
والا انقلب هذا الاستعمال تعسفيا يجب على القضاء تقويمه . وهذا التعسف  
يتحقق ليس فحسب في صورة الغش أو التدليس ، كما يرى البعض ، حيث  
بتستر المؤلف وراء حقه المعنوي مدفوعا باعتبارات مالية خالصة ، كما لو  
امتنع عن تسليم المصنف الى المتنازل اليه رغم تمامه أو استعمال سلطته في  
سحب المصنف من التداول بقصد الحصول على ربح مادي أكبر باعطاء احتكار  
استغلال المصنف الى شخص آخر يعرض شروطا أكثر اغراء وسخاء من

---

(١) انظر خاصة :

Gorguette D'Argoeuves, Du droit moral de l'auteur sur  
son oeuvre artistique et littéraire, thèse, Lille, 1924, pp. 102, 103.

Paris 6 mars 1931. s. 1932. 2.145. Note Génry. — Paris 23  
février 1938. s. 1938. 2. 169.

وانظر في القول بالصفة شبه التقديرية للحق المعنوي للمؤلف :

Rouast, article précité, No. 17, p. 12.



الشروط المتفق عليها مع المتنازل اليه الأول «١» ، بل يتحقق التعسف كذلك فيما نرى في كل الأحوال التي يستعمل المؤلف سلطات حقه المعنوي دون أسباب قوية جدية أو لتحقيق أغراض غير مشروعة لا تتصل بالشخصية الفكرية أو حمايتها أو تتعلق بالقيم الفكرية التي يمثلها المصنف «٢» . وليس مقتضى تحقق التعسف على هذا النحو ضرورة اهدار الاعتبارات الشخصية أو الفكرية المتعلقة بها حق المؤلف المعنوي ، كما يتخوف البعض ، باجبار المؤلف مثلاً على تسليم المصنف في حال تمامه الى المتنازل اليه ، اذ واضح أن القضاء ينأى عن فرض مثل هذا الاجبار أو الجزاء العيني مكتفياً بالتعويض النقدي وهو الجزاء المناسب في أمر على هذه الدرجة من الحساسية نتيجة تعلقه بالحرية الشخصية والفكرية .

وعلى أي حال ، فيبدو أنه لا محل في القانون المصري للادعاء بالصفة التقديرية المطلقة للحق المعنوي للمؤلف . ففضلاً عن أن نص التقنين المدني الجديد في شأن نظرية التعسف في استعمال الحق نص عام يصرف هذه النظرية الى كافة الحقوق كما رأينا مما يجب معه فرض رقابة على استعمال الحق المعنوي للمؤلف في مختلف مكنااته وسلطاته ، يصرح المشرع المصري في قانون حماية حق المؤلف بالصفة النسبية لهذا الحق في شأن سلطتين من أخطر سلطاته وهما سلطة تعديل المصنف وسلطة سحبه من التداول ، بل ويذهب في ذلك الى مدى بعيد كما سبق البيان ، فيفرض رقابة قضائية مبتدأة على استعمال هاتين السلطتين لضمان عدم التعسف فيه بالتحقق من وجود أسباب خطيرة تبرر الاقدام عليه ( م ٤٢ ) «٣» ، مما يؤدي الى التوقي من الضرر بمنع وقوعه أصلاً عن طريق حرمان المؤلف من استعمال هاتين السلطتين استعمالاً تعسفياً «٤» .

---

(١) Desbois, Le droit d'auteur, Nos 540, 545, 559

(٢) Notre thèse précitée, pp. 166, 167

(٣) انظر سابقاً ، ص ٦٥٨ .

(٤) انظر سابقاً ، ص ١١٠٢ و ١١٠٣ .



## الفصل الرابع

### اثبات التعسف وجزاؤه

#### ٤١٥ - تحمل مدعى التعسف عبء اثباته

واضح أن على من يدعى وقوع تعسف من صاحب حق في استعمال حقه اثبات ما يدعيه طبقاً للقواعد العامة في الإثبات . وعلى هذا النحو ، فالأصل أن صاحب الحق لا يتحمل عبء اثبات مشروعية استعمال حقه ، خاصة وأن الاستعمال المشروع للحق هو الواجب الافتراض ابتداء إلى أن يقوم الدليل على العكس «١» .

ورغم ذلك ، فثم اتجاه في الفقه والقضاء يحاول قلب هذا الأصل في صورة انتهاء عقد العمل غير المحدد المدة بالارادة المنفردة إنهاء تعسفياً أو بلا مبرر مشروع ، بتحميل صاحب العمل اذا كان الانهاء من جانبه . وهذا هو الغالب . اثبات مشروعية الانهاء ومبرراته ، ويرى في ذلك خصوصية ملحوظة في التعسف في إنهاء هذا العقد «٢» . وقد يكون في هذا الاتجاه نجدة للعامل واقالة له من عبء اثبات عسير ، ولكن هذا الاعتبار لا ينهض مبرراً كافياً لتجاهل حكم القواعد العامة من وجوب تحميل مدعى التعسف ، وهو العامل في هذا المثال ، بعبء اثبات تعسف صاحب العمل في الانهاء أو انعدام مبرر هذا الانهاء . وليس في النصوص التشريعية «٣» التي توجب

(١) في هذا المعنى : Joosserand, op. cit., No. 316.

(٢) انظر بونجه خاص :

محمد حلمي مراد ، قانون العمل ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٤ ، فقرة ٣٧٦ - محمود جمال الدين زكي ، عقد العمل في القانون المصري ، ١٩٥٦ ، فقرات ١٤٤ و ١٤٥ و ١٦٢ و ٢١٣ ؛ والمراجع التي يشير إليها هامش (٣) ص ٣٧٠ وهامش (١) ص ٣٧٢ .

القاهرة الابتدائية ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٧ ، و ٣١ أكتوبر سنة ١٩٥٤ ؛ استئناف القاهرة ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥٥ ، استئناف الاسكندرية ٢٠ مارس سنة ١٩٥٩ : مدونة الفقهائي ، ج ١/٣ ، ص ٤٩٧ و ٦٦١ و ٦٦٩ و ٦٧٢ على التوالي .

(٣) المادة ٢٣ من قانون العمل الفرنسي - والمادة ٣٩ من قانون عقد العمل الفردي المصري الملغى والمادة ٧٤ من قانون العمل الموحد رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ .



على المحكمة تحقيق ظروف الانهاء أى دليل مقنع على رغبة المشرع فى الخروج على حكم هذه القواعد العامة، وإنما هو مواجهة للحقيقة الواقعة من ضرورة تبادل الرد والاثبات بين الخصوم «١» . ولذلك يبدو من الواجب اعمال حكم القواعد العامة فى الاثبات فى هذه الصورة كغيرها من الصور «٢» ، وذلك ما يستقر عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية خاصة «٣» ، والقضاء المصرى فى أغلبه «٤» ، ويؤيده كثير من الفقهاء «٥» .

#### ٤١٦ - الجزاء التعويضى والجزاء الوقائى على التعسف

واضح أن الجزاء على التعسف يتمثل أساسا فى التعويض عن الأضرار

(١) والواقع - كما يرى جوسران - أنه إذا كان مدعى التعسف هو الذى يتحمل بعبء اثباته ، فليس معنى ذلك وقوف صاحب الحق المدعى بتعسفه موقفا سلبيا محضا ، وإنما يتبادل الخصوم الرد والاثبات بما يؤدى فى النهاية الى تخفيف الفروق بين الأدوار التى تفرضها عليهم القواعد العامة فى الاثبات (Josserand, op. cit. No. 319).

(٢) بل ان قانون العمل الموحد قد استحدث نصا نعتبره تأييدا لهذا النظر ، اذ قضى بأن عبء اثبات أن فصل العامل لم يكن بسبب نشاطه النقابى يقع على عاتق صاحب العمل (م ٧/٧٥) ، وهو ما يستخلص منه أن المشرع بالنص على تحميل صاحب العمل - وهو الطرف المنهى - بعبء اثبات المبرر المشروع للفصل فى هذه الحالة، بالذات، إنما قصد تخصيصها وحدها بهذا الحكم المخالف للأصل الذى يقضى بتحميل مدعى التعسف فى الانهاء أو انعدام المبرر المشروع عبء اثبات ذلك (فى هذا المعنى : اسماعيل غانم ، دروس فى قانون العمل (على الآلة النسخة) ، ١٩٥٩ ، ص ١٤٠ - ودروسنا فى قانون العمل (على الآلة النسخة) ، ١٩٥٩ ، ص ١٧٨ و ١٧٩) .

(٣) انظر فى الاشارة الى هذا القضاء :

Mazeaud, op. cit., t. I. p. 544, notes (5) et (6).

(٤) انظر بصفة خاصة :

القاهرة الابتدائية ١٧ فبراير سنة ١٩٥٤ ، و ٢٨ يونيو سنة ١٩٥٤ ، و ٢٩ سبتمبر سنة ١٩٥٥ ، واستئناف القاهرة ٣١ مايو سنة ١٩٥٥ ، و ٣١ يونيو سنة ١٩٥٦ ، والاسكندرية الابتدائية ٢٣ يونيو سنة ١٩٥٧ : مدونة الفكهاني ، ج ١/٣ ، ص ٦٥٧ و ٦٥٥ و ٦٦٨ و ٦٥٢ و ٦٢٨ و ٦٨١ على التوالي .  
(٥) انظر بصفة خاصة :

Josserand, op. cit. No. 319. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 584 p. 544, t. II, No. 1686. — Durand et Vitu, traité de droit du travail, t. II, 1950, No. 463.

اكتفى الخولى ، دروس فى قانون العمل ، ١٩٥٧ ، فقرة ٢٨٨ - ودروسنا سالفة الذكر ، ص ١٧٨ .



المرتبة عليه . وقد ذهب رأى قديم «<sup>١</sup>» الى اقتصار هذا التعويض على التعويض النقدي وحده دون التعويض العيني، بدعوى أن التعويض العيني يفترض عملا مجاوزا لحدود الحق بينما التعسف يفترض عملا داخل حدود الحق ومضمونه . ولكن هذا الرأى لم يلق تأييدا من الفقه أو القضاء ، فاستقر الرأى على هجره «<sup>٢</sup>» وعلى القول بأن جزءا التعسف التعويضى قد يكون تقديرا وقد يكون عينيا على حسب الأحوال «<sup>٣</sup>» .

وإذا كان مثل هذا الجزاء التعويضى بصورتيه يرد على التعسف ، فليس هو بجزائه الوحيد . بل ثم جزاء آخر فعال يمكن أن يرد عليه ، بل ويعتبر خصوصية من خصوصيات التعسف ، هو ذلك الجزاء الونائى الذى سبقت الإشارة اليه «<sup>٤</sup>» ، والذى يمنع ابتداء الاستعمال التعسفى للحق ويحول بالتالى دون وقوع الضرر أصلا «<sup>٥</sup>» .

(١)

Saleilles, Etude sur la théorie générale de l'obligation, p. 373 en note.

(٢) بل وعدل عنه صاحبه ، انظر :

Saleilles, rapport précité, pp. 339, 346, 347.

(٣) انظر بصفة خاصة :

Charmont. article précité, pp. 117, 118 — Demogue op. cit., t. IV, No. 690 — Campion, op. cit., Nos 435-442. — Josserand, op. cit., Nos 324-327. — Dabin, op. cit., p. 303 — Notre, thèse précitée, pp. 206, 207 — El Kholy, thèse précitée, No. 239.

انور سلطان ، المقالة السابقة ، ص ١٣٤ و ١٣٥ . — حسين عامر ، المرجع السابق ، فقرات ٣٨٤ وما بعدها — عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، هامش ص ٨٥١ .

(٤) انظر سابقا ، ص ١١٠٢ — ١١٠٤ .

(٥) فى هذا المعنى : .

Saleilles, Rapport précité, p. 335 et s. — Ripert, La règle morale, No. 94. — Dabin, op. cit., p. 303. — Notre thèse précitée, pp. 236 et s.

عبد الرزاق السنهورى ، الموضع السابق — اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٦٥ .







## تذييل

١ - تمت الوحدة بين مصر وسورية بعد استفتاء شعبى البلدين فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٥٨ • وأعلن الدستور المؤقت للجمهورية العربية المتحدة ونشر فى الجريدة الرسمية فى ١٣ مارس سنة ١٩٥٨ • وهذا الدستور مجرد موجز للدستور المصرى لسنة ١٩٥٦ ، فيما عدا ما اقتضاه الوضع الجديد للوحدة من أحكام ، وفيما عدا تعديلات قليلة تشير الى ما يعنينا منها فيما يلى :

(١) فى شأن تشريع الضرورة ( أنظر سابقا ، ص ٢٨٨-٢٩٠ ) ، تقضى المادة ٥٣ من الدستور المؤقت بعرضه على مجلس الأمة فور انعقاده بعد أن كان واجبا عرضه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدوره اذا كان المجلس قائما وفى أول اجتماع له فى حالة الحل • كما تقضى بانعدام الأثر الرجعى لاعتراض المجلس عليه بأغلبية ثلثى أعضائه ، بعد أن كان عدم اقرار المجلس له يزيله فى الأصل بأثر رجعى ما لم يقرر المجلس غير ذلك •

(٢) أغفل الدستور المؤقت الاشارة الى ما كان يعترف به دستور سنة ١٩٥٦ من حق رئيس الجمهورية فى اصدار تشريعات تفويضية ( راجع سابقا ، ص ٢٩٠ و ٢٩١ ) •

٢ - صدر القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ معدلا أحكام المادتين ٢١ و ٢٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى شأن المفقود ( راجع سابقا ، ص ٧٣١-٧٣٦ ) • وبمقتضى هذا التعديل ، يبقى للقاضى حق الحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد



أربع سنين من تاريخ فقده • غير أنه ، بالنسبة الى المفقودين من أفراد القوات المسلحة أثناء العمليات الحربية، يصدر وزير الحربية قرارا باعتبارهم موتى بعد مضي الأربع سنوات ، ويقوم هذا القرار مقام الحكم القضائي بذلك •

٣ - صدر القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٥٨ بالعمل بأحكام القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة المعمول به في الاقليم المصرى في الاقليمين المصرى والسورى من الجمهورية العربية المتحدة ( راجع فى شرح أحكام هذا القانون ، سابقا ، ص ٩٧٤ و ٩٩٩ وما بعدهما ) •



## فهرس

رقم الصفحة	رقم الفقرة
٣	المراجع .
٧	اهداء ..
٩	تصدير
١١	مقدمة .
١١	١ - اصطلاح القانون وتعدد مدلولاته .
١٣	٢ - تفرع الحقوق عن القانون
١٤	٣ - خطة الكتاب .

### باب تمهيدى

#### فى القانون بوجه عام

١٧	٤ - عرض وتقسيم
----	----------------

### الفصل الاول

#### خصائص القانون

١٨	٥ - الحاجة الى القانون .
١٩	٦ - تعريف القانون واستخلاص خصائصه
٢٠	<b>المبحث الاول - القانون مجموعة قواعد سلوك</b>
٢٠	٧ - القواعد التقديرية والقواعد التقويمية
٢١	٨ - القانون يفرض السلوك الواجب كأمر أو تكليف
٢٣	٩ - التكليف القانونى تكليف مطلق
٢٥	<b>المبحث الثانى - القانون مجموعة قواعد عامة مجردة</b>
٢٥	١٠ - التكليف القانونى تكليف عام مجرد
٣٠	١١ - التكليف القانونى العام المجرد وتحقيق العدل
٣٢	<b>المبحث الثالث - القانون مجموعة قواعد اجتماعية</b>
٣٢	١٢ - بيئة القانون الاجتماعية
٣٣	١٣ - القانون والعلوم الاجتماعية
٣٥	١٤ - القانون وقواعد السلوك الاجتماعية الأخرى
٣٥	١٥ - القانون وقواعد العادات والمجاملات



رقم الصفحة	رقم الفقرة
٣٧	١٦ - القانون والأخلاق
	(١) نطاق القانون والأخلاق (٢) معيار التفرقة بين القانون والأخلاق (٣) آثار اختلاف الغاية بين القانون والأخلاق (٤) مدى تأثير القانون بالأخلاق .
	<b>المبحث الرابع - القانون مجموعة قواعد ملزمة مكفولة باجبار</b>
٤٦	مادى جماعى
٤٦	١٧ - فكرة الجزاء أو الاجبار القانونى
٥٠	١٨ - الاجبار عنصر جوهري لقيام القانون
٥٣	١٩ - صور الجزاء أو الاجبار

## الفصل الثانى

### مدى سلطان ارادة الافراد ازاء القانون

٥٥	٢٠ - تنوع قواعد القانون الى قواعد آمرة وقواعد مفسرة أو مكملة ، يستتبع تفاوت سلطان ارادة الافراد ازاء القانون بين الانعدام والاطلاق .
٥٨	٢١ - توافر صفة الالتزام للقواعد المفسرة أو المكملة .
٦٠	٢٢ - معيار التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المفسرة أو المكملة
٦٢	٢٣ - مرونة فكرة النظام العام والآداب ونسبيتها
٦٣	٢٤ - النظام العام
٦٦	٢٥ - الآداب
٦٨	٢٦ - سلطة القاضى فى تحديد مضمون النظام العام والآداب
٦٩	٢٧ - جزاء مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب

## الفصل الثالث

### اقسام القانون وفروعه

٧٢	٢٨ - تمهيد
٧٣	<b>المبحث الأول - التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص</b>
٧٣	٢٩ - تاريخ التفرقة
٧٥	٣٠ - معيار التفرقة
٧٩	٣١ - أهمية التفرقة
٨٠	٣٢ - مدى التفرقة



رقم الصفحة	رقم الفقرة
٨١	المبحث الثاني - فروع القانون العام
٨١	٣٣ - تقسيم
٨٢	المطلب الأول - القانون العام الخارجي
	٣٤ - مدى اعتبار القانون العام الخارجي قانونا بالمعنى الكامل
٨٢	المطلب الثاني - القانون العام الداخلي
٨٤	٣٥ - تعريف وتقسيم
٨٥	٣٦ - القانون الدستوري
٨٦	٣٧ - القانون الإداري
٨٧	٣٨ - القانون المالي
٨٨	٣٩ - القانون الجنائي
	(١) قانون العقوبات - (٢) قانون الاجراءات الجنائية
٩٠	المبحث الثالث - فروع القانون الخاص
٩٠	٤٠ - تعريف وتمهيد
٩٠	٤١ - القانون المدني
٩١	٤٢ - القانون التجاري
٩٢	٤٣ - القانون البحري
٩٣	٤٤ - قانون العمل
٩٥	٤٥ - القانون الدولي الخاص
٩٩	٤٦ - قانون المرافعات المدنية والتجارية

### القسم الأول

#### النظرية العامة للقاعدة القانونية

١٠٣	٤٧ - تقسيم
-----	------------

### الفرع الأول

#### تكوين القاعدة القانونية

١٠٧	مقدمة
١٠٧	٤٨ - تمهيد
١٠٨	٤٩ - المذاهب الشكلية في تكوين القاعدة القانونية
	(١) مذهب هيجل . (٢) مذهب أوستن . (٣) مذهب كلسن .
١١١	٥٠ - نقد المذاهب الشكلية واستبعادها
	٥١ - التفرقة بين المصادر الرسمية أو الشكلية وبين المصادر المادية أو الموضوعية للقاعدة القانونية وأهميتها
١١٥	



رقم الصفحة	رقم الفقرة
١١٧	٥٢ - خطة البحث .....

## الباب الأول جوهر القاعدة القانونية

١١٩	٥٣ - تمهيد .....
١٢١	الفصل الأول - المدرسة المثالية .....
١٢١	§ مذهب القانون الطبيعي .....
١٢١	١٤ - تمهيد .....
١٢٢	٥٥ - القانون الطبيعي عند اليونان .....
١٢٣	٥٦ - القانون الطبيعي عند الرومان .....
١٢٥	٥٧ - القانون الطبيعي عند الكنسيين في القرون الوسطى .....
١٢٧	٥٨ - الدعوة الى سيادة الدولة في القرن السادس عشر، وانكار فكرة القانون الطبيعي نتيجة لذلك .....
١٢٨	٥٩ - تبلور فكرة القانون الطبيعي كمذهب على يد جروسيوس .....
١٣٠	٦٠ - رواج مذهب القانون الطبيعي وتطوره في القرنين السابع عشر والثامن عشر .....
١٣١	٦١ - القانون الطبيعي والعقد الاجتماعي .....
	(١) نظرية هوبز . (٢) نظرية لوك . (٣) نظرية روسو .
١٣٦	٦٢ - انتصار مذهب القانون الطبيعي على يد الثورة الفرنسية .....
١٣٩	٦٣ - مهاجمة مذهب القانون الطبيعي وتراجعها في القرن التاسع عشر .....
١٤١	٦٤ - حركة احياء القانون الطبيعي .....
	(١) القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير (٢) القانون الطبيعي موجه مثالي للعدل
١٤٥	٦٥ - القانون الطبيعي والقانون الوضعي .....
١٤٨	الفصل الثاني - المدرسة الواقعية .....
١٤٨	٦٦ - تمهيد .....
١٤٩	المبحث الأول - المذهب التاريخي .....
١٤٩	٦٧ - تمهيد .....
١٥١	٦٨ - تعاليم المذهب التاريخي .....
١٥٢	٦٩ - نقد المذهب التاريخي .....
١٥٧	المبحث الثاني - مذهب التضامن الاجتماعي .....
١٥٧	٧٠ - تمهيد .....

















Bibliotheca Alexandrina



0566842